

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

PAR RAPPORT

AUX TRANSFORMATIONS

DU DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 8 Décembre 1937, à 14 heures

PAR

PHILIPPE PASCANU

Président : M. JULLIOT de la MORANDIÈRE, professeur.

Suffragants { *MM. ROUAST, professeur.*
SOLUS, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY et L. QUINSAC, Successeurs

18, Rue Soufflot (V°)

1937

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

PAR RAPPORT

AUX TRANSFORMATIONS DU DROIT CIVIL

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

PAR RAPPORT

AUX TRANSFORMATIONS

DU DROIT CIVIL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 8 Décembre 1937, à 14 heures

PAR

PHILIPPE PASCANU

Président : M. JULLIOT de la MORANDIÈRE, professeur.

Suffragants { *MM. ROUAST, professeur.*
SOLUS, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE ET MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY et L. QUINSAC, Successeurs

18, Rue Soufflot (V^e)

1937



A LA MÉMOIRE DE HENRI CAPITANT

L'illustre Professeur qui a inspiré et dirigé ces recherches.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546312_0028

A MA MÈRE

A MA TANTE ET A MON ONCLE
CONSTANCE ET MICHEL PHILIPPIDE

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

PAR RAPPORT

AUX TRANSFORMATIONS DU DROIT CIVIL

INTRODUCTION

I. — L'obscurité des notions juridiques fondamentales et la conception du Droit Clair.

II. — Le Droit jurisprudentiel et le rôle du juge.

III. — Les grands Codes consacrent une révolution.

IV. — Cette révolution est perpétuelle, c'est la lutte pour le Droit.

V. — Elle se livre partout : au Parlement aussi bien qu'au Palais.

VI. — La notion d'ordre public est une raison juridique ; elle justifie la création d'un plan d'organisation sociale, la destruction des plans, institutions et situations de fait non conformes et légitime les mesures politiques de toute sorte, prises pour assurer l'exécution de l'ordre juridique nouveau.

VII. — En Droit civil la notion d'ordre public sert à déplacer les Droits individuels ; en ce sens elle justifie d'une certaine économie distributive des droits. L'ordre public sert alors pour la lutte quotidienne pour le Droit.

I

La notion d'ordre public fait partie des notions fondamentales. C'est aussi une notion obscure. Un de nos maîtres n'hésitait pas à l'affirmer après avoir étudié le problème comme nul autre ne pouvait le faire. « Si cette notion est générale et fondamentale, elle est également

très obscure, elle est également extrêmement controversée. C'est même parce qu'elle est fondamentale qu'elle est controversée¹. »

C'est sûrement une vérité, seulement, nous risquerons un aveu, cette vérité est assez pessimiste. Après la lecture des ouvrages de Droit civil, on gagne plutôt l'impression que ce droit est clair ; par la double constatation de l'importance et de l'imprécision des notions fondamentales, nous rompons un premier lien qui nous unit à la science traditionnelle.

Peut-on dire encore : « Avocat passez au fait, la Cour connaît le Droit » ?

La constatation est d'autant plus troublante, qu'elle se rapporte à la totalité de la vie juridique et surtout à la matière des conventions ; c'est-à-dire, dans le régime actuel, à toute la vie économique. La totalité de la vie économique est menacée d'incertitude et, par là, de paralysie.

Pourtant les hommes d'affaires savent à quoi s'en tenir et depuis 1804 les grandes émotions sont rares.

II

M. Julliot de la Morandière constate un perpétuel flottement, voire un manque total de critérium préfixe pour tout ce qui touche à la définition de l'ordre public. La loi n'en donne aucune définition, elle n'énonce que son existence. La jurisprudence apprécie souverainement les cas où tel acte juridique, tel fait, sont contraires à l'ordre public. La notion d'ordre public est une notion qui traverse tout le Droit ; en ayant l'emploi exclusif et pouvant lui donner le sens qu'il lui plaira, la jurisprudence et le juge sont les maîtres incontestés d'une bonne partie de la vie juridique. Finie la prééminence

1. Julliot de la Morandière : *Cours pour le Doctorat*, 1931-1932. p. 6.

du texte, pouvoir qui s'impose au juge ; fini, également, le pouvoir, tant de fois affirmé, de la volonté privée. Le juge n'est pas l'esclave de la lettre et de l'esprit des conventions et des lois.

On est, cependant, tellement habitué aux garanties d'ordre formel, tant de précautions entourent le choix de ceux qui seront des législateurs, tant de garanties sont accumulées au moment de la création des lois, enfin, le principe même du Gouvernement par le peuple est si minutieusement réglé, que la loi nous semble une règle éminente. Elle devrait lier tout le monde, en commençant par ceux qui sont ses serviteurs, du nombre desquels le juge est l'un des premiers.

On met d'ailleurs beaucoup de temps pour comprendre la jurisprudence créatrice et en fin de compte on se contente de s'apercevoir de son existence. Parfois de grands efforts sont tentés pour l'intégrer dans l'esprit général de la loi. C'est pourquoi l'analyse de M. Julliot de la Morandière pourrait paraître laisser sans réponse les questions de ceux qui attendent une solution du problème de l'ordre public dans le cadre des idées existantes. Si on pense maintenant que le détenteur d'un pouvoir subit toujours la tentation d'en abuser et qu'il n'est arrêté que par des règles et des définitions formelles, les constatations finales de M. Julliot de la Morandière deviennent angoissantes.

On comprend difficilement comment devant une question de telle importance la doctrine n'ait pas jugé utile d'intervenir : les travaux sur l'ordre public ne sont pas très abondants.

Viennent aussi à l'esprit toutes les critiques adressées au Gouvernement des juges.

Qui doit, en définitive, détenir un pouvoir prééminent ? Le juge est-il laissé sans inconvénient maître absolu de la vie juridique ? Par son contenu politique la loi semble exiger une obéissance absolue, qui traduit,

en première ligne, la prééminence du pouvoir politique.

M. Julliot de la Morandière semble écarter un tel soupçon en constatant que la jurisprudence est placée sous le contrôle de la Cour de Cassation ; celle-ci devrait fournir les apaisements et les garanties nécessaires. Ainsi formulée, la réponse ne paraît pas satisfaisante. On peut répondre que la Haute Juridiction fait politiquement partie du pouvoir judiciaire. Ce pouvoir forme un tout et doit être analysé comme tel. Toute objection contre un Droit jurisprudentiel devrait donc persister, même si ce Droit jurisprudentiel émane de la Cour de Cassation.

Politiquement, les pouvoirs isolés auxquels on prête l'intention d'abuser continuellement de leur force ne pourraient jamais se freiner utilement. Pareils conflits sont des plus graves : l'ordre politique s'en ressentirait gravement.

Pour les États démocratiques et parlementaires la prééminence du Droit législatif est presque une nécessité absolue pour la vitalité d'un système. De même, pour les États dictatoriaux, il serait difficile de concevoir un Droit qui représentât autre chose que l'obéissance absolue à la volonté du chef.

Pourtant la machine, telle qu'elle est, fonctionne. Le juge dit souvent un Droit nouveau et dans nombre de cas le législateur ne fait qu'adopter par la suite ce Droit déjà consacré par la jurisprudence.

En fin de compte celle-ci n'a pas été arbitraire ; elle ne passe pas aux yeux du public comme une puissance abusive. Elle a toujours capté les sentiments du jour et ses décisions n'ont jamais traversé des crises d'impopularité qui sont aussi des crises d'autorité.

Le régime politique n'a pas changé ; il n'a même pas été sérieusement menacé. Il postule cependant certaines assises de principe qui ne restent pas toujours intactes.

Ce fait, aussi, demande une explication.

III

Nous commençons ce travail par une affirmation historiquement vérifiable : toute révolution, nous en avons une toujours derrière nous et c'est sur les bases qu'elle a posées que nous vivons, vaut une promesse de vie nouvelle.

Son programme n'a été accepté que parce qu'on l'a présenté comme la source d'un avenir meilleur et plus juste. C'est un mélange de haine et d'espérance qui a toujours détruit le passé. Une telle haine était toujours légitime, comme la haine du mal lui-même. Il y a aussi la foi dans le bien possible, tout proche, mais qu'on ne peut toucher qu'en changeant l'ancien contre le nouveau.

Le plan s'est imposé, un Gouvernement, un pouvoir, se charge de le réaliser.

Le plan devient alors une constitution et des lois.

On va mobiliser tous les moyens d'action en vue de la réalisation de ce but supérieur.

Les Codes napoléoniens, eux aussi, sont un plan ; non seulement dans leurs principes, mais aussi dans ce qu'ils ont d'ensemble de moyens techniques servant à leur mise en œuvre. Un jeu savant de ces moyens juridiques forme bloc avec la politique du Code. Ainsi une situation de Droit commun sera accordée à ceux qui acceptent le plan ; au contraire, les non-conformistes seront toujours rangés dans des situations inférieures. La famille légitime a une situation de Droit commun. Le législateur a fait de ce type de famille un idéal juridique. A côté, il a établi des statuts inférieurs pour la famille naturelle, pour la famille adultérine et incestueuse.

Ou bien encore le Droit frappe d'une peine : privation de liberté ou amputation du patrimoine ou se contente seulement de décourager, par un refus de protection

juridique, ceux qui n'acceptent pas ce plan politique. Ce n'est là qu'une indication sommaire d'un processus avec ses problèmes et ses instruments. Mais toute cette technique n'a-t-elle pas le même sens, celui d'assurer l'accomplissement de la volonté légale. Une nullité absolue n'a-t-elle pas la même signification qu'une nullité relative ?

Nous croyons qu'en fin de compte, dans ce jeu compliqué des moyens techniques, la question n'est pas de comprendre une hiérarchie de ces moyens, mais plutôt ce qu'ils sont et le rôle qu'ils jouent. Ils font tous partie d'une technique mise au service d'une idée politique.

L'ordre public légitime les mesures prises en sa faveur.

IV

Supposons un ordre juridique établi, un plan politique est passé sous forme de loi. L'édifice ainsi construit sera bientôt sollicité de toute part par un système de forces.

Tantôt ce sera le système dans son ensemble qui constituera la cible des attaques. Ainsi, dans l'ordre démocratique une agitation dictatoriale.

Mais bien souvent, plus sournoisement, se produit la révolte des faits contre les Codes. Les institutions, ainsi altérées dans leur structure initiale par des réformes de détail, sont en nombre. Citons rapidement les jurisprudences qui ont préparé la loi de 1912 autorisant la recherche de la paternité naturelle, l'altération du principe de la relativité de l'acte juridique par la stipulation pour autrui, la théorie de la cause impulsive qui autorise l'enquête judiciaire sur les mobiles des actes, la théorie de la responsabilité fondée sur le risque professionnel.

Tous ces résultats n'ont été obtenus que par une lutte constamment livrée. Les cadres traditionnels ont cédé sous le nombre et la persistance des coups reçus.

On combattait pour une situation individuelle en disant qu'elle ne contrariait pas l'esprit d'ensemble d'une Institution ; on obtenait gain de cause. Mais on s'apercevait par la suite qu'une série de précédents avait créé un ordre juridique nouveau.

Cet état de choses témoigne d'une activité incessante pour l'obtention d'avantages juridiques nouveaux, Droits subjectifs.

V

C'est ce qu'on a appelé la lutte pour le Droit. Elle se déroule partout ; dans l'opinion publique tout lui sert. La presse lui est utile au même degré que la littérature, le théâtre, les arts. Depuis un certain temps des moyens de propagande d'une force insoupçonnée entrent en jeu. Toutes ces armes, tous ces moyens, servent à créer un état d'esprit et en ont effectivement créé un. Harcelée constamment, l'opinion publique témoigne aujourd'hui d'une grande mobilité. Au nom d'idées plus justes on réclame au Prétoire et au Parlement un déplacement constant de Droits subjectifs. Il faut d'ailleurs reconnaître qu'en dernière analyse c'est pour cela qu'on combat.

L'octroi d'une nouvelle prérogative juridique a absolument besoin d'une enveloppe extérieure qui assure sa légitimité ; ce résultat est obtenu seulement au moment où la masse accepte la nouvelle distribution de Droit et la croit juste.

VI

Cela ne peut se passer sans une profonde transformation de la collectivité. La société n'agit que par un double sentiment de foi et de haine : la foi pour la nouvelle ordonnance des choses, la haine contre ce qui était.

Cela témoigne, peut-être, d'un optimisme perpétuel.

Tout mouvement qui veut se mouler en organisation sociale a, comme nous venons de le dire, besoin de se faire légitimer. L'idée de juste et de légitime, seule, lui permet de se qualifier de juridique.

Une fois cette acceptation acquise, elle entraîne une volonté sociale indestructible. Cette volonté s'exerce autant qu'elle sera animée par la foi en la formule proposée.

L'élan de cette volonté sociale est irrésistible et général. Toute opposition à cette poussée appelle une force pour l'anéantir. Cette force ne peut cependant s'exercer sans une vérification continuelle et sans une continuelle constatation que tel fait réprimé est frappé parce que contraire à l'ordre public. C'est seulement dans ces conditions que la force publique n'est pas une tyrannie ; elle est seulement gardienne de l'ordre public.

Toute confrontation du fait et du Droit se fait par rapport à cette idée d'ordre public.

L'ordre public est un terme du Code civil. Ce travail montrera qu'il a servi, tour à tour, à créer de nouveaux plans d'organisation sociale, en se servant des idées qui circulaient dans l'air et qui constituaient le climat politique d'un moment donné. Ainsi la liberté, la protection et le respect de la valeur humaine, l'égalité, la démocratie.

Au nom de l'ordre public on lutte contre toute tentative d'instaurer un ordre juridique contraire à l'une de ces idées. La lutte, elle-même, devient alors d'ordre public. On détruit tout ce qui ne s'inspire pas directement, tout ce qui ne manifeste pas un état de sympathie par rapport aux idées dominantes. Les mesures juridiques, même d'ordre secondaire, favorisant l'instauration et la diffusion des idées d'ordre public deviennent, elles aussi, d'ordre public : elles l'intéressent directement.

En un mot on peut dire que ce terme est le signal d'un

effort de volonté collective pour la réalisation d'une idée.

On s'aperçoit aisément des rapports serrés qui existent entre le processus ainsi décrit, d'ordre juridique et la politique.

Sociologiquement, la notion d'ordre public traduit la réalisation, elle est le contenu, de l'ordre juridique qui n'en est que la forme.

L'ordre public fonctionne continuellement, de même que la politique est une activité permanente. On s'aperçoit par là du caractère dynamique du Droit qui suit parallèlement l'activité politique.

La volonté collective prend toujours position et à tout moment, à l'égard des faits et opinions sociaux. Cette attitude se traduit immédiatement en langage juridique.

VII

En Droit civil, la première destination de la notion d'ordre public est d'assurer une certaine économie distributive du Droit subjectif. Elle fixe une disposition et entend la garder. C'est de là d'ailleurs que vient son nom. Ordre public signifie un certain arrangement des choses, des Droits, et par conséquent, une définition de la sphère de mouvements de chacun.

Cette question prend souvent un caractère métaphysique. C'est du moins une des principales accusations portées au terme de Droit subjectif. Il n'en est rien et ce caractère vient de ce qu'on a beaucoup discuté sur l'origine des Droits et non sur la manière dont se déroule le processus de leur distribution. La position métaphysique est d'ailleurs très intéressante du point de vue politique. Les masses se contentent très bien de vérités toutes faites et leur conduite est souvent tracée par des aphorismes. Aujourd'hui comme hier, le lancement des slogans est toujours en honneur. Dire que le Droit sub-

jectif ou que tel Droit subjectif nous vient d'une entité supérieure, empêche, dans une certaine mesure, les tentatives de discuter une redistribution des Droits. Le Droit subjectif ne vient ni de nous-même ni de la société. Nous avons, en tant qu'individus, une large prise sur la volonté sociale et la société peut, elle aussi, nous contraindre sur beaucoup de points. Même dans la pensée des auteurs qui proclament l'existence d'un Droit objectif, le Droit subjectif existe toujours, ne fût-ce qu'en tant que prérogative reconnue par la société à l'individu.

Le mécanisme de la distribution des Droits subjectifs est un processus social continu. La thèse de M. Duguit est juste en ce sens que personne ne peut prétendre à une qualité juridique qui ne soit pas reconnue juridique par le milieu social. Les tribunaux auraient beau la lui reconnaître : c'est eux qu'on traiterait d'abusifs.

L'économie distributive des Droits dont nous venons de parler ne trouve sa place que dans une vue générale du mécanisme social. La société est toujours planiste ; toute loi s'intègre dans un plan où est le point de départ de nouveaux plans. C'est là toujours la traduction pratique d'un nombre restreint d'idées-forces. C'est au nom de certains principes qu'on a fait la révolution de 1789, par exemple, celles qui l'ont précédées et celles qui l'ont suivies. Ces idées-forces ont une fonction mythologique ; elles forment un réseau auquel nous sommes pris de toutes parts.

Mais ces principes ne se réalisent pratiquement qu'à la limite seulement, comme disent les mathématiciens ; pourtant, ils inspirent les actes des pouvoirs publics et guident constamment les actes individuels.

Parler de l'ordre public en Droit civil signifie sûrement parler d'un conflit entre la loi et l'individu ; mais il faut parler aussi de l'activité continuelle que demande la réalisation d'un plan. Il faut donc faire place à la résis-

tance des faits aux lois et aussi au changement de l'esprit de loi.

Peut-être, ainsi, pourra-t-on mieux trouver une explication au changement et au caractère imprécis de l'ordre public.

Il ne s'agit pas d'une position statique à photographier, mais d'un mouvement à filmer.

LE CHOIX DU SUJET

Notre attention a été portée sur les questions que pose l'étude de l'ordre public en Droit civil pour plusieurs raisons : tout le monde est d'accord pour affirmer que les dispositions d'ordre public sont celles qui représentent la volonté légale la plus forte. Y a-t-il, en Droit civil, plusieurs sortes de volontés légales ? Si oui, lesquelles et quel est le nombre de ces catégories différentes de volontés légales ?

La volonté légale est la réalisation, au besoin par la force publique, d'une volonté sociale. La volonté légale mise à part, y a-t-il des volontés individuelles ou sociales qui s'imposent ? Quelle est leur force ? Quelle doit être leur attitude par rapport à la loi ?

Quels sont les moyens techniques qu'on emploie pour faire triompher une certaine politique ? La loi en est un. Existe-t-il une hiérarchie des moyens techniques ou simplement une variété ?

Telles sont les questions que nous nous sommes posées en abordant la présente étude. On s'aperçoit aisément qu'elles se rattachent à une vue générale sur la science juridique.

Telle n'est pas notre ambition : nous ne pouvons pas ajouter quelque chose de nouveau au nombre des théories générales du droit déjà existantes.

On ne peut cependant s'empêcher de discuter la formation des règles de Droit et leur vie quotidienne, aux prises avec les forces sociales de toutes sortes. Tous les auteurs constatent que l'examen de l'ordre public

rend indispensable un examen en bloc des idées que nous possédons sur le rôle et la vie de la règle de Droit.

Notre étude portera sur l'ordre public en Droit civil. Nous sommes habitués de dire qu'ici la volonté privée est presque toujours souveraine.

En apparence, la volonté sociale ne s'impose que rarement aux particuliers. En Droit pénal, en Droit administratif, c'est le contraire qui se produit. Quelle est la différence qui sépare toutes ces catégories de règles ?

Le Droit se présente-t-il à nous comme étant d'une essence unique, ou bien comme une pluralité de compartiments étanches de ce point de vue ?

Du Droit constitutionnel au Droit civil y a-t-il descente en pente douce pour ce qui concerne le rôle de la volonté collective vers la volonté individuelle et quelle réponse faut-il donner à la thèse qui soutient que le Droit civil est l'un des rares, peut-être l'un des derniers secteurs réservés à l'individu ?

Ce sujet nous pousse, placé comme il l'est au centre du Droit privé, à la compréhension plus complète de la question si débattue des sources du Droit.

Nous avons vu que les Droits se gagnent par la lutte et nous pensons que la description de cette lutte est, de ce point de vue, des plus intéressantes. C'est elle qui formera l'objet de nos préoccupations. Nous l'examinerons avec ses parallélismes et ses interpénétrations continuelles. Pour cette perspective la notion d'ordre public est l'un des meilleurs points d'observation.

PLAN DE L'ÉTUDE

Ce travail sur l'ordre public ne nous a paru intéressant qu'à la condition de suivre parallèlement les transformations du Droit. La notion d'ordre public nous semble l'expression la plus agissante d'une formule politique, laquelle n'est valable que par l'application qu'on en fait.

La vie soumet à de perpétuelles transformations le plan politique le mieux arrêté : il y a lutte sans répit autour de chaque avantage juridiquement reconnu ; la notion d'ordre public est l'expression même de la force du Droit. Comment cette force a-t-elle agi par rapport aux institutions du Droit civil ?

Nous nous sommes proposé de suivre ce qui est et ce qui a été d'ordre public à travers les grandes institutions du Droit civil : nous pourrons ainsi mieux saisir le caractère fonctionnel de la notion d'ordre public.

Un titre préliminaire examinera les textes du Code civil qui contiennent l'expression « ordre public ».

Toute formule politique contient la détermination de certains bénéficiaires : ce sont les sujets de Droit. Nous étudierons le problème des sujets de Droit par rapport à l'ordre public, dans un premier titre.

L'homme est le sujet de Droit par excellence ; le Droit actuel consacre cette condition humaine ; mais l'homme est intégré dans des communautés, dont certaines tiennent une large part en Droit civil ; il en est ainsi notamment de la famille. Nous étudierons le rôle

que joue la notion d'ordre public dans la détermination du droit de la famille.

Nous examinerons l'ensemble du problème de l'homme, sujet de Droit.

Étudiant ensuite la situation de l'homme intégré, nous examinerons la situation de la famille légitime. Cette partie du Droit civil est dominée par des règles d'ordre public. La volonté des particuliers ne peut agir qu'en se conformant à l'esprit de la loi.

Cela se passe-t-il vraiment ainsi ? Nous essaierons de montrer que la lutte pour le Droit n'a presque rien épargné de toutes ces institutions pourtant reconnues d'ordre public ; que la lutte pour le Droit a souvent modifié le climat juridique de l'institution du mariage, du divorce, de la filiation.

Dans un deuxième titre nous étudierons les Droits subjectifs et leur corollaire, les obligations. Nous examinerons en cette place ce que la détermination des Droits subjectifs a d'ordre public ; nous nous occuperons de la fameuse distinction des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux.

Dans un troisième titre nous nous occuperons du problème des relations juridiques ; c'est le problème même des relations humaines.

Il existe une variété indescriptible de cas individuels d'échange entre sujets de Droit. Aucune opération, aucune situation de fait n'est exactement pareille à une autre ; mais le Droit est justement appelé à dégager de toutes les situations diverses certaines communes mesures qui représentent autant de routes obligatoires pour le commerce juridique ; il en est ainsi pour rendre possible une distinction entre le permis et l'interdit. C'est ici que nous nous proposons d'examiner le rapport entre le fait licite et le fait illicite. C'est également ici que nous examinerons les autres unités de comparaison établies en vue du contrôle des actes juridiques : les théories de

la capacité, du consentement, de l'objet et de la cause.

Dans un quatrième titre nous examinerons la question de l'ordre public suivant les formules déjà proposées, notamment la notion d'ordre public par rapport au contrat, par rapport à la loi, par rapport au rôle du juge. Mais en poussant plus loin notre analyse, nous essaierons de prouver qu'on ne peut éviter certaines contradictions auxquelles on aboutit nécessairement, qu'en introduisant dans l'étude de la notion d'ordre public l'idée de lutte pour le Droit, si bien dégagée par Ihering ; c'est pourquoi nous parlerons de la notion d'ordre public par rapport à la lutte pour le Droit.

Dans un cinquième titre nous passerons en revue quelques points de vue de la doctrine ayant trait à la notion d'ordre public.

Dans un sixième et dernier titre nous essaierons de conclure par une analyse sociologique. Nous pensons qu'il est impossible au juriste, ayant à travailler sur un terrain absolument stable, de saisir sur le vif un phénomène dynamique tel que la lutte pour le Droit. La notion d'ordre public est celle qui décide de cette lutte pour le Droit. C'est elle qui décide de la légitimité d'une revendication. L'étude de la notion d'ordre public n'est qu'un observatoire, mais le meilleur, nous permettant de suivre les conditions de cette lutte pour le Droit.

Nous tenons à éviter, dès le premier abord, une critique possible : loin de nous la pensée que le texte, que la loi écrite est démunie de valeur.

Une telle conclusion pourrait paraître se dégager d'une série d'exemples que nous avons choisis, tous incidents d'une lutte perpétuelle pour le Droit et qui sont autant d'entorses aux textes dans leur esprit initial. Ce que nous voulons simplement démontrer, c'est que les institutions pour le maintien desquelles la société concentre le plus grand nombre de volontés, les institu-

tions d'ordre public, finissent toujours par se transformer, par s'altérer, par changer.

L'ordre public a beau défendre une institution, c'est par l'ordre public qu'on la combattra.

Il existe un mouvement social qui se manifeste dans la lutte pour le droit ; la notion d'ordre public en est l'expression ; la notion d'ordre public ne peut être saisie qu'en tant que fonction.

La lutte pour le Droit commence par vider une institution de son contenu vital ; à ce moment la lutte pour le Droit nouveau est déjà gagnée.

TITRE PRÉLIMINAIRE

L'ORDRE PUBLIC DANS LE CODE CIVIL

Dans ce titre préliminaire nous essaierons de fixer la place qu'occupe la notion d'ordre public dans le Code civil.

L'expression se trouve mentionnée « in terminis » dans deux textes de principe seulement : les articles 6 et 1133 ¹.

L'article 6 : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

L'article 1133 : « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

Dans tout le reste du Code civil, pas de théorie générale de l'ordre public, pas de définition législative.

Quelle est la place que tient l'idée d'ordre public par rapport au reste du Code civil ?

Quel est le rôle de cette notion ?

Les Codes annotés reconnaissent comme étant d'ordre public une trentaine d'articles ² : tous ces articles énoncent des commandements.

1. L'article 686 qui interdit aux propriétaires d'établir sur leurs fonds des servitudes contraires à l'ordre public en est une application.

2. D'après le Code civil Dalloz, les articles suivants sont d'ordre public :

6, 307, 686, 791, 900, 946, 955, 1130, 1133, 1172, 1174, 1268, 1387 à 1390, 1443, 1451, 1453, 1521, 1538, 1628, 1660, 1674, 1780, 1811, 1819, 1828, 1833, 1837, 1840, 1855, 1965, 2063, 2078, 2088, 2140, 2220.

Fuzier-Herman et Demogue ajoutent les articles 530, 815 et 1374- (renvoi de l'article 6).

Si le particulier veut leur résister, contrarier par un acte juridique ou simplement par un fait la lettre ou l'esprit de la loi, on se trouve justement en présence des conflits que met en lumière M. Julliot de la Morandière.

Un individu peut enfreindre un texte précis de la loi : se marier, par exemple, avant l'âge le plus bas admis par le Code civil.

Mais il peut passer une convention qui contrarierait, non pas une disposition catégorique, mais un des principes dégagés par la science du Droit, ou déduit du climat politique. Telle serait, par exemple, la situation d'une convention qui attribue à l'un des contractants un avantage, sous la condition, pour celui-ci, de ne pas se marier. On annule cette convention parce qu'elle est contraire par l'esprit qui s'en dégage, à l'idée de liberté du consentement, nécessaire pour se marier. Cette liberté est inaliénable. Pourtant une pareille convention n'est pas rappée par un texte précis.

Il ne faut pas, non plus, perdre de vue la question des lois supplétives : ce sont des lois auxquelles on peut déroger. Cela veut dire qu'un acte juridique passé contre de pareilles dispositions reste valable et reçoit la sanction juridique. Peut-on opérer une discrimination des lois en lois d'ordre public et lois supplétives ? Cette discrimination est-elle d'ordre formel ?

Faute de texte pour chaque espèce on sort forcément du Droit légal pour entrer dans le Droit positif. Dès qu'on veut essayer une synthèse sur lutte pour le Droit, on constate que cette lutte se livre moins à la lettre qu'à son esprit.

Pour justifier l'atteinte portée par un acte juridique à un texte, l'individu qui veut sauver son acte plaide son conformisme par rapport à l'ordre public ; de l'autre côté on dira que, même faute de mention expresse de l'expression « ordre public » dans le texte, l'ordre public

est lésé parce que l'acte juridique est contraire à telle idée essentielle pour l'organisation politique du moment. L'atteinte ne pourra donc être tolérée.

Cela explique l'allongement de la liste des textes d'ordre public.

TITRE PREMIER

LES SUJETS DE DROIT

CHAPITRE PREMIER

L'HOMME ; L'INDIVIDU ET LA FAMILLE¹

§ 1. — L'INDIVIDU A L'ÉTAT ISOLÉ

Le Code civil considère l'individu, l'homme, comme le sujet de Droit par excellence ; c'est ce qui lui a valu la qualification d'individualiste. La personne humaine jouit en principe, dans les yeux du législateur, d'une valeur absolue.

Ce n'est pas là une attitude obligatoire. La situation de l'individu se trouve étroitement liée aux conceptions du milieu social. Leur marche est parallèle. Pour obtenir une règle de Droit favorable à un individu ou à une catégorie d'individus, il faut faire appel à une formule qui soit socialisable et rattacher la demande d'un privilège à une formule générale de ralliement social.

On peut présenter au groupe, comme avantageuse pour lui, la création d'une classe privilégiée, très riche par exemple. On la fera passer aux yeux des masses comme un réservoir de classes dirigeantes. On permettra alors aux hommes qui vont constituer cette classe de réaliser une fortune par une procédure avantageuse et exceptionnelle. Cela peut d'ailleurs être vrai et a parfois été vrai à certains moments historiques.

1. Pour la question de savoir si la famille est ou non sujet de droit : Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 3.

En sens contraire, une forme de production peut exiger le maintien d'une certaine partie de la population dans une situation inférieure. Le cas s'est produit, par exemple, dans les grands pays agricoles, où règne la culture extensive, ou encore, dans certains pays, pendant une première période de la civilisation industrielle.

En général, la société vit dans des cadres fermés¹. Il faut, pour qu'elle les brise, une force de provenance extérieure. La grande masse des paysans et des travailleurs a dû être toujours fortement travaillée pour concevoir qu'elle pourrait bénéficier de droits autres que ceux qui lui étaient déjà octroyés.

Le Code civil est le résultat d'une grande poussée idéologique ayant brisé les cadres de l'ancienne morphologie sociale. La félicité de la nation ne sera plus atteinte à travers un système de classes superposées, de groupements ou de corporations privilégiées à différents degrés, comme dans l'ancien régime, mais par la simple égalité de tous les hommes devant la loi. Dans la législation révolutionnaire tous les hommes sont égaux et libres. Au nom de ces idées et sous leur protection, l'individu s'est développé et les anciens privilèges ne sont éparpillés. Le développement de l'homme ne s'est pas arrêté là : il s'est socialisé sous l'aspect de la considération qu'on doit à la personne humaine en soi.

Voilà donc la personne humaine titulaire d'une dignité éminente. L'enfant, simplement conçu, est sujet de droits. La vie humaine, simplement probable, sera protégée. Elle ne peut être aucunement compromise. La personne humaine, en elle-même, est hors commerce. On ne peut aliéner sa personne² et à plus forte raison celle des autres³.

1. Bergson : *Les deux sources de la morale et de la religion*.

2. L'esclavage serait un commerce dont l'homme serait la marchandise.

3. On n'oblige jamais autrui ; la promesse du fait d'autrui ne peut se faire que par la promesse de porte-fort.

De cette éminence de l'homme on déduit sa liberté et son égalité aux autres et réciproquement. Aliéner sa liberté c'est, dans une certaine mesure, s'avilir et le Droit nous interdit de nous avilir. La société par le Droit et celui-ci par la notion d'ordre public sont les gardiens de notre dignité, ainsi que nous-mêmes, plus que nous-mêmes, peut-être.

Une suspicion générale s'élève contre tout engagement ¹. Il n'y a que des opérations auxquelles une longue tradition nous a habitués, qui ne provoquent plus de réaction sociale.

Le contrat de travail et le louage de service sont de celles-là.

Si légitimé qu'il soit par une longue tradition, le travail que l'homme fournit à autrui reste une marchandise, parfois cotée en Bourse; les idées d'aujourd'hui nous obligent à rechercher si un tel contrat ne porte pas ombrage à la liberté de l'individu ².

A travers cette idée de l'éminence humaine, idée politique et, par là, idée d'ordre public, doivent être envisagées et étudiées les institutions suivantes : protection des incapables (femmes mariées, mineurs, faibles d'esprit, prodiges, fous); les théories de l'erreur, du dol, de la violence, qui sont aussi des mesures de protection de la liberté individuelle. On peut répondre qu'on analyse d'habitude ces prescriptions comme des mesures de protection individuelles et qu'on les oppose par là justement aux institutions d'ordre public. Nous pouvons cependant répondre qu'il s'agit là plutôt de nécessité pratique. En effet, la dignité humaine est une valeur que l'homme respecte d'habitude soi-même; le législateur

1. L'article 1165 (principe de la relativité de l'acte juridique) et aussi l'article 1162 (interprétation des conventions en faveur des débiteurs) témoignent en faveur de cette suspicion générale.

2. Ainsi est-il défendu de s'engager à vie (art. 1780 du Code civil); voir aussi les garanties spéciales accordées aux personnes qui engagent leur travail par la loi du 27 décembre 1890.

n'avait donc qu'à organiser une procédure que l'individu mettra lui-même en marche ; ce n'est qu'exceptionnellement que cette protection doit agir contre l'individu. Donner à celui-ci les moyens juridiques de se défendre était la meilleure politique pour assurer le respect de la liberté dans une société où cette liberté a un prix ¹.

Nous venons de voir que la liberté et l'égalité sont des idées-forces sur lesquelles on a édifié la civilisation actuelle ; que cette idée peut être analysée comme telle, à l'état isolé, mais aussi comme constituant l'un des attributs de la valeur humaine.

Le Code civil contient nombre d'applications des idées égalitaires. Citons en quelques-unes : l'égalité des parties contractantes, peut être le contrat lui-même, car une telle opération n'est concevable qu'entre personnes égales² ; l'égalité des héritiers, l'égalité des parties devant le juge et la loi, etc...

1. Dans les développements qu'il a consacrés à la question de la protection des incapables, M. Julliot de la Morandière soutient que la capacité des personnes n'est d'ordre public que si elle constitue l'objet ou la cause d'une obligation dérogatoire du droit commun Cours sur l'ordre public, 1932-1933, p. 84). Dans les autres cas la sanction des actes passés sur tout ce qui concerne la situation des incapables serait en dehors de l'ordre public et ne serait, en cas de contrariété à la loi, qu'une nullité relative.

M. Julliot de la Morandière est ainsi conduit à critiquer les théories de MM. Pillet et Capitant qui soutiennent que le principe de la protection des incapables est d'ordre public, mais non pas sa mise en œuvre, laquelle demeure d'ordre privé.

Nous croyons, quant à nous, qu'il n'y a pas lieu à établir cette discrimination. Le fait que la protection des incapables se trouve être à la disposition de la volonté privée n'est en réalité qu'un côté pratique : mieux vaut laisser la personne directement intéressée seule juge de ses intérêts ; elle fait appel à la protection dans la mesure où cette protection lui sert. Une protection qui jouerait d'une manière trop automatique, même contre la volonté de la personne à protéger, risquerait d'aller à l'encontre des intérêts des incapables.

La protection ainsi organisée est celle qui correspond le mieux au régime libéral qui est le nôtre.

On explique peut-être ainsi assez bien les arrêts faisant partie de la catégorie de Cass. civ., 6 déc. 1926, S., 1926, 1-56.

2. Le désir manifesté par certains auteurs de créer une catégorie à part des contrats d'adhésion est justifié par la constatation que souvent les parties contractantes se trouvent dans une situation

Le respect de l'homme pousse le législateur à prendre certaines mesures destinées à assurer à celui-ci une certaine ambiance morale ; ces dispositions sont prises parfois en codifiant simplement ce qui existe : la morale traditionnelle ; en introduisant, d'autres fois, des règles nouvelles. Ainsi on organise la répression de toute activité non conforme à tel idéal moral, ou, au contraire, on organise un vaste encouragement des activités conformes. Le législateur a organisé ainsi tout un climat moral autour de l'institution de la famille, cadre où doit se développer, en principe, toute personne humaine.

Un certain climat hygiénique est nécessaire à l'individu. On le lui assure par toutes sortes de règlements, souvent d'ordre administratif. Le Code civil en contient cependant quelques-uns. La matière des servitudes¹ en est imprégnée.

L'activité économique, par la perspective d'enrichissement qu'elle contient, présente un grand attrait pour les masses ; c'est pourquoi nombre de luttes politiques portent autour des possibilités juridiques d'accès à la vie économique.

Cet accès, de plus en plus large, semble aujourd'hui postulé par le système politique. Les idées d'égalité et de liberté ont puissamment soutenu l'individu dans la lutte qu'il a livrée aux anciens détenteurs de l'activité économique ; la liberté de contracter est l'une des premières positions conquises. D'autres citadelles aussi importantes ont été gagnées, parfois de haute lutte ; telle la liberté d'association, nécessaire lorsque l'homme ne pouvait plus agir seul, ou pouvait, par une association, arriver à des situations jusque-là insoupçonnées (droits reconnus aux associations syndicales, coopératives, sociétés commerciales, etc...).

qu'on peut qualifier d'inégalité complexe (dépendance économique, morale, politique, etc...). Le droit positif s'est cependant contenté de la seule existence de l'égalité juridique.

1. Capitant, II, p. 765.

Ces droits ont commencé par être revendiqués en vertu des idées de liberté et d'égalité ; l'obligation à la fraternité faisait des ennemis de ceux qui refusaient de céder à ces revendications.

Très vite, tous ces droits sont arrivés à être juridiquement analysés, à l'état isolé.

La liberté de contracter s'épuise, en fait, au moins partiellement, par son seul exercice. L'obligation de respecter une convention passée vous enlève la liberté de ne pas la respecter. Les principes, envisagés d'une manière aussi absolue, finissent toujours par nous faire voir leur côté contradictoire. Mais leur force mythologique est tellement grande et nécessaire, qu'une conciliation s'impose. On a ainsi essayé de créer un type abstrait d'homme libre, dont la psychologie politique est justement caractérisée par une dignité qui l'oblige à subir d'une manière presque stoïque, la diminution de sa liberté par le fait des conventions qu'il a passées lui-même.

Une conclusion s'impose. Ne faut-il pas reconnaître dans tout ce processus le travail d'un système d'idées-forces qui, passé à l'état d'idéal explique toute activité politique d'une société ? Elles se traduisent juridiquement en lois et en plans (c'est par cela que les lois sont normatives) et mobilisent la volonté en vue de la réalisation.

Les idées : liberté, égalité, fraternité, de respect de la dignité humaine, nous viennent de l'histoire et des époques très diverses de l'histoire.

Le christianisme a laissé des traces profondes, de même que la révolution de 1789.

Un événement historique important détermine toujours, par certains côtés, les formes historiques à venir. On en tient compte, ne fût-ce que pour s'en écarter ; par une sorte de procès d'intention qu'on ouvre aux faits

et aux événements du jour, on les compare toujours à ce qui a été ; si c'est d'un passé bien vu qu'ils se réclament, ils seront socialement acceptés ; ils seront combattus avec la dernière énergie, s'ils se rapprochent d'un passé qu'on voudrait enterrer à jamais.

Les idées énoncées forment le climat politique de notre temps ; nous les respectons et nous sommes obligés à les respecter, par l'opinion des masses qui leur accordent leur foi.

Cela ne veut pas dire que, dans la mesure où les institutions qui s'en inspirent fonctionnent mal, ces idées, elles-mêmes, seront à l'abri de toute contestation ; elles seront souvent amendées, corrigées, transformées, ne fût-ce que dans leurs applications pratiques. La liberté a été corrigée par la solidarité ; l'égalité par l'admission de la libre concurrence ; la fraternité par l'acceptation de l'idée de lutte.

La formule politique démo-libérale, telle qu'elle est issue de la Révolution de 1789, et qui contient, en un tout organique, l'idéologie énoncée, a été, en bloc, attaquée elle aussi ; c'est ce que fait le communisme, c'est ce que font aussi les formules totalitaires qui combattent le communisme.

Aucune de ces politiques ne combat la liberté, l'égalité, la fraternité, au principal ; c'est au régime démo-libéral considéré comme un tout, qu'elles s'attaquent.

La personne humaine — préoccupation toujours essentielle du législateur — sera protégée suivant les indications des idées dominantes à un moment donné. On sanctionne l'idéal du jour, mais on essaie continuellement à lui en substituer un autre ; le mécontentement est un phénomène difficilement évitable. Le mécontent combat toujours pour un Droit nouveau.

Cette lutte se poursuit politiquement et juridiquement ; elle est d'ordre public ainsi que le fut la position

juridique à démolir, ainsi que le sera la position juridique qu'on établira demain.

La lutte pour le Droit est d'ordre public.

Les Droits de l'homme se gagnent par la lutte pour le Droit.

Il ne faut pas croire que la personne humaine est respectée, dans toute société, par elle-même, fût-ce même à des degrés très divers. La personne humaine pose constamment des problèmes aux pouvoirs parce qu'elle est un facteur de la masse et de l'opinion publique ; elle livre au Droit objectif une lutte continuelle. Là où elle est respectée, elle l'est justement parce que ce respect fait partie d'un plan politique d'ensemble. Un homme, aussi malheureux soit-il, ne parviendra jamais à obtenir le secours de la cité, ou simplement la considération de son malheur qu'en socialisant son cas. Il dira ou bien que la société est intéressée à son cas en montrant qu'il n'est pas le seul à être frappé par tel ou tel événement, ou bien que sa personne est intéressante pour le seul motif qu'il est possesseur d'un autre plan et que, si jamais ce plan était réalisé, beaucoup de choses pourraient changer, en s'améliorant. Ainsi le concept-mythe de l'esclavage n'a pu être détruit que par l'apparition de la nouvelle idée-mythe de l'homme libre et par sa substitution à l'ancienne conception qui vantait les avantages de l'état d'esclavage. Les plaintes des serfs n'ont jamais rien fait pour leur libération ; mais la formule de l'homme libre se présentait toute chargée de promesses pour l'avenir.

La liberté, l'égalité et le respect de la personne humaine sont d'ordre public en Droit privé parce qu'elles déclenchent une certaine quantité de volonté sociale et la justifient. Nous avons vu les nombreux cas d'application de ces idées. La diversité des problèmes qu'ils posent ne permettent pas l'organisation de sanctions uniformes. Nous retrouverons cette diversité par la suite.

C'est l'homme qui, en dernière analyse, préoccupe le législateur ; mais de tous temps l'homme a été intégré dans des cadres sociaux et c'est par les institutions qui l'encadrent que l'homme atteint ses buts et satisfait nombre de ses intérêts. Le sort de l'homme est intimement lié au sort des groupements sociaux auxquels il appartient. S'il lutte pour ces groupements, il lutte en réalité pour ses propres intérêts.

Nous venons de voir comment l'individu isolé combat juridiquement pour l'institution de la famille parexemple, pour les associations et pour les groupements desquels il fait partie, pour la propriété, pour le commerce, pour l'industrie, pour une certaine catégorie de commerce ou d'industrie, pour un parti politique, pour l'État.

Nous étudierons la position juridique de l'homme intégré, par rapport à l'ordre public.

§ 2. — L'INDIVIDU DANS LA FAMILLE.

Le fait naturel des rapports entre deux personnes qui s'unissent pour donner le jour à des enfants a trouvé toujours une place de choix en Droit civil positif. Cela a formé de tout temps la consécration juridique d'un plan politique. Classons un peu les faits et nous trouverons :

a) L'organisation d'un type de relations sexuelles qui sont qualifiées de régulières¹. La famille légitime n'est en effet que l'union de deux personnes, selon les préceptes d'une institution très ancienne, union sanctionnée et contrôlée par la force publique.

A côté, il existe des formes mineures, ainsi établies justement en vue d'un but politique, celui de favoriser la situation de la famille légitime. On veut cultiver par ces mesures un sentiment de faveur sociale pour l'institution type et, à un degré variable, des sentiments égale-

1. Voir ce qu'il y a d'institutionnel dans les définitions comme celle de M. Capitant (I, p. 114).

ment sociaux de réprobation pour les institutions qui s'en écartent. Ces dernières sont :

- b) La famille naturelle ;
- c) La famille adultérine ;
- d) Et la famille incestueuse.

La famille légitime est une institution que l'histoire nous a léguée. Mais au moment où les Codes qui nous régissent ont été établis, cette institution s'est trouvée renforcée dans sa situation d'idéal politique. Le Droit lui donne sa reconnaissance complète ; elle sera favorisée le plus possible.

Elle est promue au rang d'idéal politique ; par ce seul fait, seront combattues les unions qui prétendent répondre aux mêmes nécessités, sans être cependant conformes au plan dressé par le législateur. La lutte qu'on engage contre ces unions sera proportionnée aux atteintes qu'elles portent à la famille légitime. Le Droit civil traite plus sévèrement l'adultère et l'inceste que le concubinage simple. On reconnaît moins de droits aux enfant, adultérins et incestueux qu'aux enfants naturels simples.

Tout cela forme un ensemble très cohérent de mesures politiques en faveur de la famille légitime, solution choisie par les pouvoirs publics pour répondre au problème bio-sexuel.

La famille doit, selon la pensée du législateur, fournir à l'individu le cadre normal nécessaire à son développement ; celui-ci trouvera une ambiance morale indispensable et aussi les ressources économiques lui permettant de se préparer pour la vie indépendante. La famille a été de tout temps un facteur de stabilité sociale.

CHAPITRE II

LA FAMILLE LÉGITIME

§ 1. — LE MARIAGE ; LA POLITIQUE EN FAVEUR DU MARIAGE

Le mariage est l'acte constitutif de la famille. Le pouvoir social se charge de contrôler l'union conclue, par rapport au plan politique, par rapport à ce qu'on appelle les conditions de fond du mariage. C'est un représentant de l'autorité religieuse ou politique qui, une fois ce contrôle effectué, donne par une célébration, le caractère d'union légitime à la famille ainsi créée.

La célébration du mariage, seule, constitue la différence entre certains cas d'union libre, ceux qui présentent un certain caractère de permanence, et la famille légitime.

Puisqu'il représente la solution politique d'un problème de la plus haute importance, le mariage bénéficie d'une série d'avantages. Le pouvoir social pense ainsi assurer au groupe un climat moral auquel il aspire, (la famille a créé autour d'elle une morale traditionnelle) et aussi une race forte et saine, car il s'oppose à toute union qui s'écarte des conditions biologiques requises à cette fin (âge des futurs époux et parenté suffisamment éloignée).

Socialement les rapports hors mariage sont encore mal considérés ; l'union libre est toujours taxée d'immorale ; le Droit entretient cette atmosphère justement parce que l'État pratique une politique en faveur de la famille légitime.

Les mesures arrêtées en faveur du mariage et de la famille légitime ont, de toute évidence, pour but d'assurer à celles-ci un climat favorable, et d'empêcher en même temps la diffusion sociale du concubinage.

§ 2. — LE MARIAGE EST UN ACTE CIVIL

Du moment que la famille légitime est une forme politique encouragée et du moment que la famille légitime se forme par le mariage, étudions la situation de l'individu, sujet de droits, par rapport au mariage.

L'individu et sa volonté ont un pouvoir absolu pour la conclusion du mariage ; si on a discuté sur le caractère du mariage et si on a hésité à le qualifier soit de contrat, soit d'institution, on ne peut sûrement pas lui attribuer un caractère obligatoire. Il s'agit de savoir comment s'exerce la volonté des futurs époux au moment de la conclusion du mariage.

Il faut que cette volonté s'exerce conformément aux exigences de la loi, quant aux conditions de fond du mariage. L'autorité veillera sur cette conformité ; l'union ne sera réalisée qu'après une vérification de ce conformisme ; la vérification est jugée tellement importante qu'elle doit décider de l'opération : c'est la célébration du mariage.

Quelle sera l'autorité qui assumera la charge de cette vérification ?

Le caractère laïc du mariage, aujourd'hui incontesté, tranche en faveur de l'État le conflit entre ce dernier et l'Église.

M. Capitant¹ donne de ce conflit une analyse pénétrante : au début du christianisme, double contrôle : laïc et religieux pour la formation du mariage ; ce n'est qu'après l'adoption, par l'État, de la religion chrétienne,

1. Capitant, I, p. 116 et suiv.

que celui-ci, devenu croyant, passe aux mains de l'Église le pouvoir de contrôle et de consécration du mariage.

Le mariage a gardé ce caractère religieux jusqu'à la révolution. Depuis, les idées laïques ont fait des progrès incessants ; aujourd'hui, le caractère laïc du mariage demeure définitivement acquis : l'État n'entend renoncer nullement au contrôle sur ce point capital de la vie de la communauté.

L'État tranche d'une manière très habile, en sa faveur, ce conflit avec l'Église ; les deux mariages : laïc et religieux peuvent coexister et coexistent en fait, pour un besoin de paix sociale.

M. Capitant constate que la consécration du mariage laïc est définitive et la considère même comme un idéal législatif ; c'est d'ailleurs la conclusion à laquelle nous conduit l'examen de la question en Droit comparé.

Les pouvoirs politiques devaient être prudents : ils ne pouvaient supprimer d'un seul coup le mariage religieux sans s'exposer à de sérieuses difficultés ; ils ont réduit et presque anéanti l'importance politique du mariage religieux, en imposant le mariage civil préalable.

Plusieurs conséquences se sont dégagées, avec le temps, du caractère laïc du mariage :

1° Le divorce doit être admis ¹.

2° Le mariage civil doit être antérieur au mariage religieux ² ;

3° Le mariage des religieux catholiques est valable,

1. Capitant, I, p. 120.

2. *Idem* ; voir aussi la loi du 18 germinal an X contenant les dispositions concordataires ; la loi du 9 décembre 1905 qui a abrogé la loi de l'an X ; les articles 199 et 200 C. Pén. ; « La règle de l'antériorité nécessaire du mariage civil doit être considérée chez nous comme toujours en vigueur » (Capitant, *loc. cit.*), et Crim., 9 nov. 1906, D. P. 907. 1. 161 ; S. 907. 1. 153, note Roux ; Montpellier, 31 oct. 907. D. P. 1908. 2. 95 ; S. 1908. 2. 99. Trib. Lorient . 29 oct. 1923. *Gaz. Pal.*, 1924, 1. 68 cités.

en dépit de leurs vœux de chasteté, qu'il ne faut pas considérer comme civilement obligatoires ¹.

Telle était la conséquence déduite par le Droit civil de la politique laïque.

La jurisprudence a consacré et maintenu cette solution : elle considère que le caractère laïc du mariage intéresse l'ordre public : la volonté individuelle doit s'effacer devant cet impératif.

Le caractère laïc de l'État français est connu : la conquête de ce principe s'est poursuivie pendant de longues années et l'opinion publique l'a toujours suivie d'un œil attentif.

Toute abdication, toute renonciation à cette politique ne peut être tolérée.

§ 3. — LE MARIAGE EST UN ACTE SOLENNEL.

Le mariage est bien un contrat ; mais il diffère des contrats en général par le fait que la volonté des parties ne devient opérante qu'après l'accomplissement d'une très longue liste de formalités.

Rationnellement, le formalisme est destiné à assurer un contrôle rigoureux des conditions de fond, ainsi qu'à témoigner de ce contrôle ; c'est également par des moyens formalistes qu'on va constater l'accord des volontés.

Quel est le rôle de l'officier de l'état civil ?

L'officier de l'état civil est un célébrañt, mais il doit exercer, avant de célébrer, le contrôle des conditions de fond ; il se trouve investi par là d'un droit de regard pour l'application du plan politique visant l'institution de la famille.

Une fois le contrôle effectué, l'officier de l'état civil passe à la célébration du mariage. Il unit les deux

1. Capitant, I, p. 120 et Cas. civ., 25 janv. 1888. D. P. 1888. 1. 97 ; S. 1888. 1. 193, note Labbé.

époux par sa volonté qui est aussi la volonté de la puissance publique. C'est ainsi que l'union contractée sera une union légitime.

La volonté des futurs époux, indispensable pour la conclusion du mariage, est leur décision concordante de se prendre pour mari et femme.

La volonté des pouvoirs publics, celle qui doit réaliser un plan politique, est exercée par l'officier célébrant.

Celui-ci exerce un pouvoir de contrôle unanimement reconnu ; entre le mariage et tout autre contrat il existe, en Droit civil français, une différence essentielle : à savoir que le mariage est assujetti à un contrôle préalable. Aucune opération n'est juridiquement valable que si elle est conforme au plan politique, au Droit objectif ; en tout autre contrat il existe une présomption de validité, une présomption de conformisme, qu'on traduit habituellement par l'adage : « Provision est due au titre ». L'opération reste sur pied, aussi longtemps qu'elle n'a pas été anéantie par une décision judiciaire ; celle-ci contrôle également l'opération, mais ce contrôle est postérieur à sa formation. Comme nous venons de le voir, il en est autrement du mariage.

Il faut, de toute évidence, analyser le mariage comme un double accord de volontés : l'accord de la volonté des époux entre eux, et aussi l'accord de ces derniers avec l'officier de l'état civil.

Le mariage civil est entré dans les mœurs ; de ce point de vue les masses s'intègrent dans ce plan législatif, il reste bien cependant quelques questions accessoires où des difficultés surgissent ; ce sont, par exemple, la compétence de l'officier célébrant et la sanction que le Droit entend apporter au rituel que le Code civil prescrit pour la célébration du mariage.

La compétence du fonctionnaire public, officier de l'état civil, semble pouvoir être étudiée d'après la clas-

sification habituelle : compétence *rationae materiae* et compétence *rationae personae vel loci*.

Il semble que les règles qui gouvernent ces deux compétences peuvent être comparées aux règles de la procédure civile sur la compétence du juge : les particuliers pourraient, en quelque sorte, déterminer librement la compétence *rationae personae vel loci*, mais seraient, au contraire, dans l'impossibilité de modifier les règles qui fixent la compétence *rationae materiae*.

L'analogie n'est pas complète ; la compétence *rationae personae vel loci* semble être ici strictement déterminée : ainsi l'exigence d'un domicile matrimonial oblige les parties qui veulent contracter mariage à se présenter devant l'Officier d'état civil de ce domicile ¹. Ils doivent prouver la réalité de ce domicile et le mariage ne peut être célébré qu'une fois cette preuve administrée. Ainsi sont diminuées les chances de procès à ce sujet. Le fonctionnaire opposera un refus à toute célébration illégale et le contrôle préalable fonctionnera d'une manière intéressante.

En matière de procédure civile il n'existe pas de contrôle préalable. L'inattention des parties peut plus facilement laisser passer inaperçu un vice de ce genre ².

La compétence du fonctionnaire célébrant, même limitée à la compétence *rationae personae vel loci*, semble être impérative. Les tribunaux n'annulent pas cependant sans distinguer les mariages conclus en dehors de cette compétence. Les conséquences pratiques de pareilles annulations sont excessivement graves et elles ont toujours empêché les juges, malgré leur pouvoir très étendu, d'aller trop loin dans l'application des principes.

1. Capitant, I, p. 154.

2. Le problème ne se pose d'ailleurs pas en procédure civile : le Code de procédure permet l'option de compétence *rationae personae vel loci* et admet les conventions sur cette compétence.

La jurisprudence semble s'inspirer dans ses décisions du critérium fourni par la notion de fraude à la loi ¹.

Rarement un mariage sera annulé pour incompétence rationae personae vel loci de l'officier célébrant ; tombera au contraire, très souvent, frappé de nullité, un mariage célébré par un fonctionnaire incompétent rationae materiae. Presque chaque fois qu'on s'adresse à un fonctionnaire incompétent de par le caractère de sa fonction, il y a lieu à craindre une manœuvre et une précaution destinée à cacher et à permettre une fraude à la loi. En un mot, si les futurs époux ne peuvent choisir l'officier d'état civil qui célébrera leur union, la sanction de cette prohibition sera toujours un refus qu'opposera le fonctionnaire et, seulement dans les cas de fraude à la loi, l'annulation du mariage ².

Si les formalités prescrites par la loi sont jugées essentielles et si, comme on l'a tellement dit, il n'y a pas de mariage en dehors de l'observation rigoureuse de ces formalités, les sanctions qui s'y attachent sont cependant très souples.

On est d'accord pour laisser aux juges une liberté de mouvements presque complète : les textes du Code semblent être considérés comme de simples indications leur permettant de se prononcer, non pas d'une manière rigoureuse et abstraite, mais en ayant en vue toutes les données du procès. Les tribunaux se serviront avec beaucoup de prudence de la nullité que la loi met à leur disposition afin de supprimer une union contractée au mépris de la loi ; ils devront surtout regarder si, en l'occurrence, les parties ont voulu délibérément se livrer à une fraude à la loi, si leur mobile a été répréhensible par rapport à l'esprit du Code.

1. Planiol, Ripert Rouast, t. II, p. 133. Voir aussi Capitant, I, p. 178.

2. M. Capitant approuve de large pouvoir laissé aux juges même pour le cas d'usurpation de fonction de la part de l'officier de l'état civil (Capitant, I, p. 178).

Une politique en faveur du mariage pousse l'autorité judiciaire à fermer les yeux sur nombre d'irrégularités de forme ; la lutte pour le Droit, la lutte que les particuliers livrent pour légitimer leurs unions parfois irrégulières a rencontré ici une résistance des plus faibles.

Les manquements par omission sont traités avec indulgence.

Par cette réglementation serrée de la compétence¹, l'État est sûr d'exercer un contrôle préalable efficace sur l'existence des conditions de fond nécessaires au mariage.

§ 4. — LES SANCTIONS DE LA FORME SOLENNELLE PRÉVUE POUR LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

Les services de l'état civil, bien spécialisés, respectent à la lettre le rituel prescrit par le Code civil ; il y a par conséquent peu de cas où les tribunaux ont eu à envisager les sanctions pouvant frapper l'absence de ce rituel.

Certaines formalités prévues par le Code civil se rattachent à la publicité du mariage.

Il y a là encore contrôle des conditions objectives.

D'autres sont simplement des rites, en grande partie inspirés du cérémonial religieux.

D'autres enfin, sont destinées à assurer une rédaction complète et une bonne conservation de l'acte probatoire.

Il est clair que les particuliers peuvent changer assez peu du contenu de ces dispositions. Parmi ces dernières se trouvent d'ailleurs, comme nous venons de le voir, certaines qui n'ont que la valeur d'une cérémonie et qui sont, par conséquent, dépourvues de tout intérêt pratique².

1. Il y aurait cependant lieu de faire une exception pour les mariages contractés à l'étranger. La liberté de la circulation qui permet aux futurs époux de se fixer où bon leur semble est doublée de la permission de contracter un mariage valable même à l'étranger. Les futurs époux sont par conséquent maîtres, dans une certaine mesure, pour fixer leur choix sur telle ou telle forme du mariage.

2. Planiol, Ripert et Rouast, t. II, p. 169 suiv.

La volonté privée peut donc s'écarter de l'impératif légal, soit en suivant une procédure que la loi indique d'ailleurs elle-même, soit en omettant simplement de suivre la procédure régulière.

A y regarder de près on s'aperçoit très vite que le formalisme le plus rigide perd beaucoup de sa force, du moment que le fond de l'opération, la situation juridique en elle-même, ne cache rien de répréhensible, rien qui ressemble à une fraude à la loi ou à son esprit.

Il ne faut pas oublier ensuite que toute la jurisprudence qui a élargi le sens restrictif du Code, n'a fait en réalité que modifier le Droit objectif, cédant ainsi aux revendications de ceux qui voulaient faire reconnaître comme légitime une union plus ou moins irrégulière. La lutte pour le Droit a vaincu la résistance du texte.

§ 5. — CHANGEMENT DES RÈGLES LÉGALES PAR LA VOLONTÉ PRIVÉE.

Il existe des cas où les futurs époux peuvent s'écarter de la volonté légale, même pour ce qui touche à ces formalités. Souvent la loi règle elle-même ces possibilités de la volonté individuelle. Les futurs époux peuvent, d'après l'article 75, § 2, demander au procureur de la République de requérir l'officier de l'état civil pour célébrer le mariage au domicile ou à la résidence de l'un des époux ¹. Le ministère Public peut, dans des cas graves, les dispenser même des formalités de publicité exigées par l'article 63. Il faut constater que les formalités qui entourent le mariage, acte solennel, n'ont pas toutes la même valeur. Le manque de certaines d'entre elles entraîne la nullité absolue du mariage ². D'autres sont

1. En cas de danger de mort pour l'un des futurs époux l'officier de l'état civil peut même se dispenser de l'autorisation du Procureur de la République ; il l'informera seulement par la suite.

2. Notamment le défaut de publicité (voir Capitant, I, p. 176 et suiv.). La publicité prescrite par l'article 63 semble essentielle. Elle

simplement sanctionnées par une amende¹. Une troisième catégorie enfin est complètement dépourvue de sanctions².

Quelles conclusions doit-on tirer de tout cela ?

Sociologiquement une seule : un réseau de formalités doit être traversé par les personnes qui veulent contracter mariage. Ces formalités représentent autant de vérification des conditions de fond exigées par la loi, plan social. Si les conditions de fond sont remplies, la pratique se montre assez tolérante sur les exigences formelles. Le juge est armé d'un pouvoir très étendu, lui permettant de vérifier si les époux ont établi leur union dans un certain esprit conformiste. La notion de fraude à la loi qui inspire tout le contrôle jurisprudentiel, est venue traduire tout un processus social : la formation d'un plan, son exécution et le choix des moyens pour mieux le servir.

Le mariage est un contrat parce qu'il est formé par la libre volonté des futurs époux. Ce qu'on demande seulement c'est que cette volonté s'exerce dans un certain esprit.

Quel est exactement le rapport entre les règles énoncées ayant traité à la solennité du mariage et l'idée d'ordre public ? Le rapprochement peut se faire par plusieurs côtés. Il est difficile de concevoir un mariage célébré en dehors d'une certaine compétence *rationae materiae* ;

semble se rattacher au formalisme le plus étroit. Cependant la loi est ici d'une souplesse extrême. Elle permet (art. 169 Code civ.) soit de demander une dispense de publicité au Procureur de la République, soit, si le mariage a été déjà célébré sans l'accomplissement des formalités nécessaires, de réduire l'effet de ce manquement et d'annuler seulement s'il y a fraude à la loi.

L'appréciation des tribunaux sur ce point n'est pas soumise au contrôle de la Cour de cassation, car c'est là une question de fait (Capitant, I, p. 177). Voir aussi Solodovnikoff, *La notion d'ordre public*, p. 43.

1. Aubry, Rau-Bartin, t. VII, p. 33.

2. Aubry, Rau-Bartin, *id.*

les tribunaux peuvent bien ne pas annuler toujours les mariages irréguliers sous ce rapport mais du moment qu'ils jugent bon d'annuler, la sanction sera toujours une nullité absolue. Or la nullité absolue est la sanction spécifique des règles d'ordre public. Cette sanction dépasse d'ailleurs la sphère des intérêts individuels : elle peut être mise en marche par le Ministère Public ¹.

Son intervention est facultative ².

Enfin, il s'agit là de l'état des personnes et de leur capacité, matière toute dominée par des règles d'ordre public. Il faut évidemment constater, dans ces dispositions la souplesse qu'a si bien démontré M. Julliot de la Morandière.

Le coup d'œil que nous venons de jeter sur la procédure du mariage, nous montre que la notion d'ordre public sert ici non pas un texte spécial et précis, mais plutôt l'esprit des lois.

Observons enfin que toute l'interprétation des textes ainsi que l'application des règles de droit s'est faite de manière à annuler le nombre le plus réduit de mariages ; cela nous montre de toute évidence une politique en faveur du mariage.

§ 6. — CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE. LA FAMILLE PROBLÈME POLITIQUE ; SES CONDITIONS POSITIVES ET NÉGATIVES ; SES CONDITIONS DE DURÉE.

Le formalisme est établi pour assurer l'exacte application d'une formule politique. C'est un instrument de contrôle ; l'action s'impose : elle doit être dirigée exclu-

1. Capitant (I, p. 181) pense qu'on peut qualifier d'atteinte portée à l'ordre public, la clandestinité d'un mariage.

2. L'intervention facultative du Ministère Public doit être rapprochée du large pouvoir d'appréciation dont dispose le juge également. M. Capitant soutient qu'il ne faut jamais considérer l'intervention du Ministère Public comme obligatoire en matière de nullité du mariage (I, p. 181 et la citation de Potier extrêmement édifiante, n° 451).

sivement vers la formule arrêtée. Le contrôle s'impose donc au même titre que l'action.

C'est ce qui se passe en politique, en toute circonstance et aussi, par conséquent, dans ce fragment de politique sociale qu'est le problème de la famille.

Le législateur veut que les hommes vivent selon une certaine formule léguée par l'histoire et, en une certaine mesure, préétablie : la famille légitime.

Examinons le contenu de ce plan : les conditions de fond du mariage.

La famille problème politique.

Nous avons déjà constaté qu'en Droit civil l'état de famille est un état idéal. La famille bénéficie par conséquent de toute une liste de mesures d'encouragement ¹.

Comme toute institution sociale, la famille se transforme avec le temps. Elle traverse notamment aujourd'hui des crises importantes dans la classe prolétarienne des grandes villes et des centres industriels.

La famille a représenté longtemps la solution naturelle des problèmes : démographique, bio-sexuel et, dans une certaine mesure, de quelques problèmes économiques.

La crise de la famille a entamé cette institution soit en elle-même (elle cesse d'être une valeur sociale, et les masses lui préfèrent l'union libre) soit dans l'un des caractères énumérés : il y a des familles sans enfants, des familles altérées par la promiscuité, des familles qui ne représentent plus des cellules économiques.

La collectivité ne peut se désintéresser de tous ces problèmes, elle a reçu du passé cette forme de vie sociale ; toute transformation que la vie de famille subit secoue fortement l'édifice national tout entier. La politique est

1. Régime de faveur du contrat de mariage, dispenses accordées à ceux qui n'ont pas l'âge nécessaire pour se marier, permission du mariage *in extremis*, régime de faveur accordé aux enfants légitimes, création d'un bien de famille inaliénable et insaisissable, etc...

donc obligée de prendre constamment attitude vis-à-vis de l'institution de la famille et les transformations qu'on peut lui faire subir sont illimitées ¹. Quoi qu'il en soit, un fait qui attire tellement l'attention des pouvoirs publics provoque sûrement un mouvement de volonté sociale rendu visible en Droit par la mise en œuvre de l'ordre public. Quelle est la physionomie de la famille actuelle en Droit français que veut-on garder, que va-t-on changer ? En Droit positif la famille est encore une idée-force.

C'est une institution à laquelle s'attache encore une notion de grande valeur et qu'on veut par conséquent encourager. Comment est-elle établie, quelles sont ses conditions de fond ?

La famille commence par le mariage. Celui-ci est « un contrat civil et solennel par lequel l'homme et la femme s'unissent en vue de vivre en commun et de se prêter mutuellement assistance et secours sous la direction du mari chef du ménage ² ».

Pour conclure ce contrat quelles sont les conditions que doivent remplir les parties ³ ?

A. — *Conditions positives.*

1^o *Différence de sexe.*

Cette question ne retiendra pas notre attention, relevant moins du Droit que de la médecine légale ⁴.

1. Certains législateurs entendent pousser la famille à un grand effort démographique. D'autres ont simplement cessé de croire à ses vertus, ils pensent que la famille va vers une crise irrémédiable et ont décidé de légiférer sa suppression. La chose s'est passée à une certaine époque du droit révolutionnaire.

Dans les pays démocratiques et libéraux on croit que la famille représente, à elle seule, la solution de nombreux problèmes. Il n'y a donc qu'à se contenter d'un encouragement de la famille dans ses formes classiques.

2. Capitant, I, p. 114.

3. Nous suivons le plan du Traité de M. Colin, Capitant et Julliot de la Morandière.

4. Capitant, I, p. 127.

2° *La puberté.*

L'article 114 du Code civil indique l'âge de dix-huit ans pour l'homme et de quinze ans pour la femme. Au-dessous de ces limites on ne peut contracter mariage ; une autorisation du Chef de l'État, pour des motifs graves, peut cependant abaisser ces limites.

B. — *Conditions négatives.*

Ce sont :

- I. — Un mariage antérieur non dissous.
- II. — Le délai de viduité pour la femme divorcée.
- III. — Les liens de parenté ou d'alliance.

La famille doit assurer à la nation une race forte et saine. Nombre des règles que nous venons de citer, impératifs bio-sociaux, sont aussi des impératifs moraux. Il importe peu de savoir s'ils le sont devenus simplement par l'œuvre du temps et s'ils cachent en réalité des impératifs biologiques.

C. — *Conditions de durée.*

Le mariage ne doit pas être envisagé seulement quant à sa formation, mais aussi quant à sa durée. Il y a des conditions nécessaires à cette durée et qui sont sanctionnées par le Droit.

Le mariage est une union durable, il demande donc une certaine ambiance, dont le défaut autorise le divorce.

Nous croyons qu'il serait très utile d'étudier parallèlement les conditions de formation, les conditions de durée du mariage, et leurs sanctions juridiques. Ainsi faite, l'étude du mariage comme institution complexe gagnerait en ampleur.

Le divorce n'a été séparé des nullités du mariage que pour des raisons d'ordre politique. Dans les deux cas il s'agit cependant du même problème pratique : il faut mettre fin à une situation de fait qui, pour diverses rai-

sons, ne peut plus durer. La technique différente de ces deux institutions (divorce et nullité) ne prouve rien. Le but à atteindre reste, en somme, le même. Le fait qu'on a été amené à corriger, par des théories accessoires, certaines conséquences qui devaient être nécessairement tirées par la logique déductive de l'annulation du mariage par exemple, est très instructive ; la théorie du mariage putatif permet d'accorder aux enfants et à l'époux de bonne foi une situation juridique égale aux époux divorcés et aux enfants de ménages dissous par le divorce.

Nous allons donc ajouter ici les conditions nécessaires à la durée du mariage, en indiquant la sanction juridique respective, laquelle est, comme nous venons de le voir, une cause de divorce correspondante. Les conditions de durée sont :

1^o La fidélité des époux (cause de divorce pour adultère) ;

2^o Une obligation complexe de maintenir dans la famille une certaine ambiance morale (triple cause de divorce pour injure grave, pour excès et sévices et pour condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante).

Nous venons de proposer l'étude du divorce à côté de l'étude des nullités du mariage. L'une et l'autre servent à légitimer la cessation d'une union devenue impossible. Il nous semble qu'on peut parfaitement transcrire ici même le propos de M. Josserand : « il existe deux grandes catégories de causes de dissolution, en prenant ce mot dans son sens le plus large :

I. Il en est qui sont contemporaines au contrat...

II. Il en est d'autres qui n'apparaissent que par la suite : le contrat était bien constitué mais une circonstance ultérieure en détermine l'anéantissement ¹ ».

1. Josserand, II, p. 171. Ce passage se rapporte à la dissolution des contrats ; mais on peut, croyons-nous, le transposer au mariage.

La première catégorie de modes de dissolution correspond, en matière de mariage, à la classe des nullités ; la seconde correspond au divorce.

L'une et l'autre sanctionnent des règles de Droit qui fixent une physionomie à la famille et au mariage. La technique juridique seule diffère, d'après les buts à atteindre. La nullité absolue est une voie de Droit largement ouverte. Le cercle des personnes qui peuvent s'en prévaloir est très grand. C'est que les faits qu'elle doit anéantir sont exceptionnellement graves. La nullité relative, elle, est destinée à frapper des écarts à la règle juridique sensiblement moins graves. L'action est limitée en conséquence ; elle n'est accessible qu'à un nombre restreint de personnes. Le divorce, enfin, ne fait que protéger les époux respectivement l'un contre l'autre, pendant la durée du mariage. L'action de divorce est très limitée : seuls les époux peuvent l'exercer.

§ 7. — LES SANCTIONS : LES NULLITÉS DU MARIAGE ; NULLITÉ ABSOLUE ; INEXISTENCE ; DIVORCE.

D'après le Code civil, un mariage est nul de nullité absolue dans 6 cas : 1° en cas d'impuberté de l'un des époux ; 2° en cas de bigamie ; 3° d'inceste ; 4° d'absence de consentement ; à ces cas il faut ajouter : 5° l'incompétence de l'officier de l'état civil et, 6° le défaut de publicité ¹.

Ces nullités intéressent toutes l'ordre public ².

M. Josserand pense qu'il ne faut pas englober dans les cas de dissolution les contrats dits inexistants ou ceux qui sont frappés par une nullité absolue (Josserand, I, p. 171 *supra*). Nous ne pouvons nous ranger à cette opinion : une situation de fait a été créée et cette situation de fait jouit d'une présomption de validité. Si elle est contraire au Droit, elle existe néanmoins et ne peut être supprimée que par l'intervention active du juge (Capitant, I, p. 83 et suiv.). De même le mariage atteint d'une cause de nullité subsiste jusqu'à l'intervention du juge (Aubry, Rau, Bartin, VII, p. 54).

1. V. Capitant, I, p. 176.

2. « Etant fondées non pas comme les précédentes sur la protection

Elles semblent devoir être appliquées avec la rigidité qui caractérise la répression. Nous verrons cependant que la sanction à ces atteintes est des plus souples.

Ceux qui mettent en marche les sanctions contre les atteintes à l'ordre public agissent en général dans une double qualité, ou, du moins, servent l'ordre public en servant leur propre intérêt. Ainsi celui qui demande l'annulation d'un mariage agit bien en défenseur de l'ordre public, mais il agit surtout pour que, une fois cette union dissoute, la nouvelle situation ainsi créée se reflète sur la situation de ses propres droits.

Qui peut demander l'annulation d'un mariage pour cause de nullité absolue ?

Toute personne intéressée est aussi le Ministère Public, mais suivant les distinctions ci-après :

1^o Les époux eux-mêmes, les premiers intéressés ¹, peuvent demander l'annulation de leur mariage si l'union a été contractée au mépris d'une règle d'ordre public ; ce faisant, ils entendent protéger en premier lieu leurs intérêts ; mais ils servent aussi l'ordre public : ils demandent la suppression d'un fait non conforme à cet ordre et rentrent par là dans la légalité.

2^o Le premier conjoint de l'époux bigame ² peut agir aussi, sans avoir à démontrer l'existence d'un intérêt pécuniaire ; l'action est en quelque sorte justifiée par elle-même ; c'est ce qu'on veut dire en affirmant qu'il

de la volonté des contractants, mais sur des raisons qui touchent à l'ordre public, sont des nullités absolues. » (Capitant, I, p. 169.)

1. Même l'époux coupable a tout intérêt de mettre fin à son union illégale. La maxime « nemo auditur propriam turpitudinem allegans » est inopérante et ne peut être invoquée pour paralyser son action. Cela tient évidemment au fait que l'ordre public est beaucoup plus troublé par le maintien d'une situation irrégulière que par sa suppression. En l'occurrence le droit positif préfère détruire une union illégale : il ne veut pas utiliser cette autre technique qui serait celle d'infliger, comme peine, l'obligation de demeurer engagé dans une union irrégulière ; par l'effet de la maxime « nemo auditur... » cette sanction ainsi appliquée pourrait se retourner contre l'ordre public qu'elle veut cependant servir. (V. Capitant, I, p. 178 et suiv.).

2. Capitant, I, *id.*

agit dans un intérêt d'ordre moral. La loi présume l'existence de cet intérêt moral à certaines personnes et cette présomption est irréfragable.

3° Les ascendants peuvent tous agir, sans avoir à respecter un ordre quelconque¹, ils se trouvent être institués, gardiens de l'ordre public dans ses applications au droit de la famille².

4° Le conseil de famille du mineur est autorisé à demander l'annulation du mariage de ce dernier pour cause d'impuberté³.

5° Les collatéraux et les enfants d'un précédent mariage, eux, ne peuvent invoquer la nullité, même absolue et d'ordre public, que s'ils justifient d'un intérêt pécuniaire. Cela aurait dû nous conduire à la conclusion que le législateur a entendu établir, par cette disposition (art. 187, C. civ.) une mesure en faveur du mariage. Ainsi les personnes que nous venons d'énumérer n'auraient le droit de demander l'annulation et, par là, le droit de servir l'ordre public, que dans le cas où leurs intérêts matériels souffriraient une atteinte, par un mariage contraire à cet ordre. On observe que les personnes visées par l'article 187 ne peuvent agir, en fait, et le plus souvent, qu'à la mort de l'un des conjoints car ce n'est qu'à ce moment qu'une succession s'ouvre et qu'on peut, par conséquent, parler d'intérêt matériel. Le législateur a-t-il voulu favoriser à ce point le mariage, même illégal et contraire à l'ordre public ? Est-il allé jusqu'à subordonner, dans ces cas, le respect de l'ordre

1. Capitant, I, p. 179.

2. M. Capitant affirme l'existence, en faveur des ascendants, d'une magistrature domestique leur donnant droit à veiller à l'honneur du nom, d'où la faculté qu'ils possèdent d'invoquer un simple intérêt moral (Capitant, I, p. 180). De là à leur reconnaître un droit d'agir pour assurer le respect de l'ordre public, chose qu'ils font d'ailleurs, il n'y a qu'un pas.

3. Capitant, I p. 179. On déduit la qualité du conseil de famille pour agir en nullité des termes mêmes de l'article 186 : l'expression « famille » ne peut désigner ici que le conseil de famille.

public à un intérêt matériel ? Nous ne le croyons pas. C'est pourquoi la jurisprudence interprète d'une manière très large l'article 187 ¹.

6° Le Ministère Public ² peut aussi demander l'annulation d'un mariage contracté au mépris de l'ordre public. Son intervention doit être considérée comme facultative, dans tous les cas ³. En plus, le Ministère Public ne peut intervenir que du vivant des époux. L'ordre public ne justifie ici son intervention que si elle fait cesser une union scandaleuse et non pas si elle renforce seulement la situation juridique de certains particuliers, qui se trouveraient avantagés par l'annulation du mariage. En limitant l'action du Ministère Public, le législateur a entendu protéger l'institution de la famille en soi.

§ 8. — CAS DE MARIAGES INEXISTANTS.

La théorie de l'inexistence a été rendue nécessaire par l'adage « pas de nullité sans texte ⁴ ».

Il est évident que la jurisprudence passe assez facilement sur les manquements aux règles de formes prescrites pour le mariage. Mais il n'est pas moins vrai

1. Capitant, I, p. 180 (sans énonciatif de l'art. 187).

2. Nous venons de décrire le mécanisme de cette intervention (*supra*), il s'en dégage de toute évidence la constatation que cette intervention doit être souple car l'ordre public, esprit vivant du Droit, ne peut être servi que par la souplesse qui est celle de la vie elle-même.

3. Le Code civil prescrit une intervention facultative dans deux cas : la clandestinité et l'incompétence. Dans les autres hypothèses l'article 190 semble indiquer une intervention obligatoire. Mais une telle activité du Ministère Public risquerait de troubler l'ordre public plus qu'elle ne pourrait le servir. Il en est ainsi (Capitant, I, p. 181) pour les cas d'impuberté, lorsque ce vice vient de prendre fin, ou doit prendre fin dans un bref délai et même, pour le cas plus grave, de la bigamie, si « le premier conjoint de l'époux bigame est décédé » (Capitant, *idem*). Il semble, en fin de compte, que le droit positif ne craint pas une épidémie de mariages contraires à l'ordre public, épidémie pouvant se propager par l'exemple et où le précédent juridique serait dangereux.

4. Capitant, I, p. 186, pour les mariages inexistantes, et p. 83, pour la théorie générale de l'inexistence des actes juridiques.

qu'une certaine ressemblance doit exister entre une situation de fait où deux personnes qui se disent mariées peuvent se trouver et le type prescrit par la loi. Telle est la situation des personnes qui se croient mariées sans l'intervention de l'officier de l'état civil, sans la rédaction d'un écrit probatoire, ou si l'acte a été dressé sur une feuille volante ¹.

Dans tous ces cas le Code civil n'indique pas les sanctions à ces manquements ; il se contente de dresser la liste des formalités à remplir. On a cru que faute de texte, on ne pouvait prononcer la nullité des mariages conclus dans ces circonstances, étant donné qu'on devait respecter la règle « pas de nullité sans texte ». Ainsi a-t-on créé la théorie de l'inexistence .

Contentons-nous de signaler la critique très juste que M. Capitant adresse à cette théorie : « nullité et inexistance se réduisent pratiquement à la même chose ² ». M. Capitant écrit avec raison qu'un acte doit être annulé chaque fois qu'il manque d'un élément essentiel. C'est, en somme, une conclusion à laquelle on arrive par la théorie générale de l'acte juridique et où l'appui d'un texte n'est plus nécessaire. Qu'il nous soit permis de pousser un peu plus loin cette analyse.

Le Droit parvient à disséquer une situation de fait en éléments essentiels ; mais ces éléments d'où nous viennent-ils ? Un acte juridique fait par une personne libre dans une société libre peut être décomposé en éléments qui ne sont pas les mêmes que ceux d'un acte juridique en apparence semblable, mais qui est l'œuvre d'une personne agissant par ordre, dans une société non libérale, par exemple.

1. Capitant, I, p. 186.

2. Le seul point de différence qu'on pourrait établir entre ces deux voies de Droit serait celui-ci : les personnes qui ont contracté un mariage inexistant peuvent contracter un second, celui-là valable ; faut-il faire constater au préalable l'inexistence ? Il semble que non (Capitant, p. 188 et suiv.).

Le choix de ces éléments essentiels est en dépendance étroite par rapport au système d'idées-forces qui domine le milieu social. Ainsi sont essentiels, dans notre société, pour la validité du mariage, le consentement (et un certain consentement), l'intervention de l'officier d'état civil, la rédaction d'un instrument probatoire, etc...

Ces éléments sont fixés à dessein : ils servent à contrôler le maintien de l'institution du mariage dans une certaine ligne jugée vitale par la société actuelle. Les retrouver dans un cas d'espèce et valider l'opération, ou, au contraire, constater leur absence en ordonnant la sanction de la nullité, c'est en réalité exercer un contrôle par rapport aux idées d'ordre public. Nous retrouverons ces idées à propos des cas de nullité relative du mariage.

§ 9. — LE DIVORCE.

Nous avons montré l'attitude politique que le législateur de 1804 a entendu prendre à l'égard du problème bio-social du mariage. Il a créé une forme d'union durable, le mariage, la seule appelée à bénéficier d'un complexe d'avantages légaux. On veut :

- a) Généraliser ce type d'organisation sociale ;
- b) Amener les masses, par des moyens techniques appropriés, à vivre d'une manière qui se rapproche le plus possible d'un certain point légal ;
- c) Une fois la famille créée, rendre sa dissolution très difficile, le pouvoir public ayant à cette occasion son mot à dire ; il exercera son contrôle pour chaque cas de divorce.

Passons rapidement en revue tous les aspects de la réglementation technique du divorce et essayons de dégager les idées qui gouvernent cette institution.

Nous avons montré que le mariage est pour une bonne part un acte juridique du type classique : la volonté

privée y joue un rôle décisif. C'est ainsi que cette volonté des futurs époux s'exerce lors de la formation du mariage, pendant toute sa durée et aussi au moment de sa dissolution. Mais de même que la formation du mariage s'opère par une volonté privée contrôlée, le divorce se produit aussi par l'œuvre combinée de la volonté privée (la volonté des époux qui met en marche la procédure du divorce) et de la volonté du pouvoir étatique (qui exerce un contrôle et qui, en fin de compte, autorise la séparation).

Le mariage est une union durable ; en politique, tout le monde semble d'accord là-dessus. On discute seulement pour savoir si on sert mieux ce principe de la durabilité du mariage par un divorce facile, ou, au contraire, par des mesures juridiques représentant autant d'entraves pour la séparation.

Les époux librement mariés devraient pouvoir se séparer librement et, dit-on, c'est cette liberté qui fait que le lien matrimonial d'aujourd'hui n'est plus le lien tyrannique des civilisations anciennes.

Cette liberté complète n'est-elle pas nuisible à la durée de la famille ? Une trop grande liberté du divorce, un divorce trop facile, ne finissent-ils pas par entraîner une crise de la famille ?

Des entraves trop nombreuses sont, au contraire, difficilement concevables aujourd'hui. Tels sont les termes entre lesquels il fallait choisir le régime du divorce.

Le mariage, institution lentement élaborée au cours des âges, a retenu à diverses reprises l'attention de l'opinion publique et a été, ainsi, l'objet de préoccupations politiques.

En Droit romain, l'État a réagi une première fois contre une épidémie de divorces qui sévissait à l'époque de l'Empire.

Une seconde réaction importante s'est produite au moment de la Révolution, sous l'influence de l'indivi-

dualisme libéral. Elle s'est produite cette fois-ci, en sens inverse, en faveur du divorce. Il semblait nécessaire de rendre à l'homme désormais libre, la possibilité de sauver cette liberté chaque fois que les liens obligatoires qui le retenaient devenaient tyranniques. Le divorce est la suite logique des principes généraux qui inspiraient la politique de l'époque.

A côté des hésitations du pouvoir étatique, s'exerce le labeur patient et tenace de l'Église qui poursuit la réalisation de la formule chrétienne du mariage indissoluble. L'Église interdit la destruction complète d'un mariage ; elle n'admet que la séparation de corps ; elle empêche, par là, l'établissement d'une seconde union. L'Église a donc un plan — qui n'a pas varié — pour l'institution de la famille ; ce plan et la politique qui l'appuie sont d'autant plus à retenir qu'ils émanent d'une force sociale de premier ordre.

Le libéralisme et l'individualisme ont fortement marqué leurs empreintes sur la formation juridique du mariage et sur sa dissolution. Ces idées ont inspiré la loi du 29 septembre 1792 qui établit le divorce comme une conséquence logique des idées nouvelles¹ ; le mariage étant un contrat, on devait pouvoir se libérer de ce lien de la même façon qu'on pouvait le faire pour tout autre contrat.

La dissolution du mariage semble même être plus facile que celle des contrats ordinaires². Les dispositions de la loi citée sont encore renforcées par le décret du 4 /9 floréal de l'an II : à la suite de cette dernière mesure le mariage ressemble étrangement à l'union libre³.

Bientôt le législateur est forcé à prendre position

1. Capitant, I, p. 198. V. aussi le préambule de la loi.

2. Voir surtout la cause de divorce nouvellement introduite, intitulée « Incapacité d'humeur et de caractère » et les observations de M. Capitant citées *supra*.

3. Capitant, I, p. 198.

contre une épidémie du divorce, conséquence de ces lois. Il recherche le remède dans le statut canonique, avec quelques concessions seulement : c'est la possibilité du divorce pour causes déterminées et par consentement mutuel. Nous arrivons ainsi au système du Code civil¹.

Suit une autre période de débats, pour ou contre le divorce (loi du 8 mai 1816 qui le supprime et toutes les propositions de rétablissement, repoussées malgré la propagande et les mouvements d'opinion).

La loi du 27 juillet 1884 rétablit le divorce et c'est elle qui nous gouverne actuellement.

On a insisté sur l'importance que présentent les difficultés de procédure pour freiner une épidémie de divorces : compliquée, coûteuse et longue cette procédure découragerait les époux qui voudraient se séparer; simplifiée, le nombre des divorces aurait au contraire tendance à augmenter. Il ressortira par la suite que cette technique est souvent inopérable et qu'en réalité c'est d'un problème d'opinion publique qu'il s'agit.

La possibilité du divorce reste acquise en législation. On a cependant essayé d'enrayer sa diffusion dans les masses par des difficultés quant au divorce et par des facilités pour accéder à la séparation de corps (tel est notamment le but de la loi du 6 février 1893 qui attribue la pleine capacité civile à la femme séparée de corps). Telle semble être actuellement la politique législative portant sur la dissolution du mariage.

Le Droit positif ne suit pas tout à fait les directions du Droit législatif : le Palais est aussi une arène et les

1. « Le divorce par consentement mutuel est plutôt une présomption dénotant l'existence d'une autre cause déterminée et un moyen de la dissimuler à la malignité du public » (Capitant, I, p. 199). Du point de vue procédural, le divorce par consentement mutuel s'obtient toujours du pouvoir judiciaire. C'est donc toujours un cas de volonté privée contrôlée.

juges sont souvent influencés par les opinions politiques, par la lutte pour le Droit.

On aurait pu interpréter les textes existants sur le divorce d'une manière restrictive; cela ne s'est pas toujours produit.

La durée du mariage, idée reconnue d'utilité publique et qui semble être un principe législatif, a sensiblement influencé la physionomie du divorce.

Elle explique la prohibition du divorce par consentement mutuel ¹, l'interdiction d'acquiescer au jugement en cette matière (art. 249 C. civil), le caractère judiciaire du divorce, ainsi que la prohibition de la séparation amiable, qui n'en est qu'une application. Enfin, elle explique l'énumération par la loi des causes de divorce, qui sont préétablies et semblent limitatives (adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès et sévices, injures graves ²).

Quelle est la position actuelle du Droit positif en face du problème du divorce? La politique juridique celle qui consiste, non pas seulement à reconnaître des droits, mais à doser et à régler les voies d'accès à ces droits par des moyens de procédure, nous intéresse ici particulièrement ³.

1. V. Fuzier-Herman-Demogne, C. Civ. ann. sous l'art. 6 et Cas. 14 juin 1882, S. 82.1.421, P. 82.1.1040 Ref. Sirey; D. P. 83.1.248. Pau 20 juin 1894, S. et P. 94.2.232; D. P. 95.2.12.

2. M. Capitant distingue deux sortes de divorces : le divorce remède et le divorce sanction. Le Code civil représente un état intermédiaire entre ces deux cas extrêmes. On pourrait cependant ajouter, peut-être, que le divorce est aussi réglementé pour rendre la dissolution du mariage difficile. M. Capitant le dit d'ailleurs en affirmant que les causes de divorce sont déterminées (I, p. 207). En sens contraire, Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 413. Mais ces auteurs constatent que cette conclusion ne leur est imposée que par l'extrême élargissement jurisprudentiel de la cause de divorce dite « pour injures graves ». Nous pensons que c'est la plutôt une question de Droit positif et non pas le point de vue premier du législateur.

3. On sait que la crise de la famille dans certains milieux sociaux (classe prolétarisée des grandes villes et des centres industriels) est un problème complexe; il tient des causes économiques, des condi-

La jurisprudence a maintenu une certaine réglementation restrictive du divorce; telle a été son attitude lorsqu'elle a reconnu et maintenu le caractère personnel de l'action du divorce ¹.

Elle a aussi maintenu, par certains côtés, la prohibition du divorce amiable ². Mais des brèches nombreuses ont été pratiquées au système primitif du Code civil. On a autorisé des séparations de fait, extrajudiciaires, en cas de manquement grave, de la part de l'un des époux, aux devoirs qui découlent pour lui du mariage ³.

tions du travail, du climat moral spécifique de ces centres; tout cela idée est un état d'opinion: le mariage et la famille traditionnelle commencent à devenir de plus, en plus aux yeux des masses, une des notions dépourvues de valeur. Le Code civil ne se trouvait pas de toute évidence, devant cet état de choses, il n'a fait que légiférer une forme de vie sociale existante et en pleine vitalité; la famille était alors une institution unanimement appréciée par les masses, surtout par les populations bourgeoises et rurales.

Si l'on veut vraiment rétablir une atmosphère d'opinion favorable à la famille traditionnelle, il faut user de moyens aussi complexes que le sont les problèmes auxquels il faut porter solution. Il faut répondre à un état d'opinion par un état d'opinion contraire. Une tentative d'envergure en ce sens ne semble pas encore avoir été faite.

1. Le caractère personnel de l'action du divorce se reflète dans les décisions suivantes: les créanciers des époux ne peuvent pas poursuivre cette action conformément à l'article 1166; les héritiers ne peuvent ni commencer ni continuer une action de divorce de leurs auteurs (Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 451). Le divorce prononcé après la mort de l'un des époux est inopposable aux tiers (Planiol, Ripert, Rouast cités et Lyon, 4 avril 1851, D. 52. 2. 241. Bordeaux 27 janv. 1873. D. 74. 2. 207. S. 73. 2. 267 cités).

2. L'argument est tiré de l'abolition du divorce par consentement mutuel (art. 370 C. civ.). Voir aussi Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 286 et Civ., 14 juin 1882, D. 83. 1. 248. Civ., 2 janvier 1907, D. 1907. 1. 137. S. 911. 1. 585, Note Whal.

La jurisprudence exige, en cas de divorce demandé pour injure grave, que les faits allégués revêtent un caractère injurieux réel (Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 412) et Req. 6 nov. 1888, *Gaz. Pal.*, 3 janv. 1889; Trib. Seine, 9 nov. 1891, *Gaz. Pal.*, 4 déc. 1891; Trib. Seine, 7 déc. 1897, *Gaz. Trib.*, 2 févr. 1898. Chambéry, 25 janv. 1904. Dal., 1907. 5. 49. Trib. Corbeil, 15 mai 1907. D. 1909. 2. 359. Paris, 5 juillet 1919. D. 1921. 2. 40. Poitiers, 4 juillet 1923, *Gaz. Pal.*, 14 octobre.

3. La séparation de corps nous semble être une mesure transitoire, établie, elle aussi, en faveur du mariage. Elle permet aux époux de se séparer d'une manière temporaire sans rompre définitivement leur union. Elle aussi doit avoir un caractère judiciaire (Capitant, I, p. 247). Mais la jurisprudence a admis de « véritables séparations indépendantes de toute demande en séparation de corps » (Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 286 et suiv.) si l'un des

Enfin les causes de divorce, à l'origine strictement énumérées, ont subi une modification profonde de leur économie primitive ¹. Ainsi la notion d'injures graves a la tendance à englober même des cas que d'autres textes semblent exclure ².

§ 10. — LE DIVORCE ET LA VOLONTÉ PRIVÉE.

Il faut remarquer qu'au fond, si le divorce n'est pas la dissolution du mariage par le simple exercice de la volonté individuelle, cette procédure n'est pas moins mise en marche par les époux eux-mêmes.

époux vient à manquer à ses obligations matrimoniales. Sont reconnues comme telles l'obligation de nourriture, de sécurité (Req., 20 nov. 1861, D. 61. 1. 305. S. 61. 1. 965), le manque d'égards envers la femme par le mari qui lui inflige de mauvais traitements (Req., 27 janv. 1908, D. 1908. 1. 54) ou le fait d'un mari d'imposer à sa femme la présence d'une concubine.

L'explication fournie pour justifier cette jurisprudence est, en général, l'interdépendance des obligations des époux (Planiol, Ripert, Rouast, *id.*). Mais il vaudrait mieux, selon ces auteurs, justifier ces solutions par le caractère institutionnel du mariage. Ces constatations sont très significatives : elles montrent la dépendance étroite de certaines obligations qui existent entre les époux et la nécessité que ces obligations soient respectées. Si de nombreux cas de manquements sont enregistrés, cela dénote une crise grave de l'institution ; arrive un moment où le juge est obligé de faire justice même contre les principes. Cela nous montre la faible impotence qu'ont en général les moyens de procédure pour une politique en faveur du mariage. Si l'on croit vraiment à cette politique, il faudrait, peut-être, critiquer cette jurisprudence.

1. Le Code civil semble avoir voulu exclure des causes de divorce la folie ainsi que le cas de maladies incurables (Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 410). Les admettre serait modifier de fond en comble, le caractère actuel du mariage, basé comme il est sur l'idée essentielle d'entraide.

Ne pourrait-on pas cependant concevoir une législation qui, à l'intérieur des cadres formels existants, organiserait une famille où les intérêts de la race et les préoccupations démographiques en général seraient dominantes ? V. *Rev. Trim. Dr. civ.*, 1906, p. 186, 945 ; 1907, p. 662.

2. Capitant, I, p. 213 et les cas cités : condamnation à une peine non infamante, certains faits antérieurs au mariage, etc... Le législateur semble avoir voulu faire subsister certains mariages malgré l'existence de ces faits. Ne les a-t-il pas exclu des causes de nullité ? N'y a-t-il pas en plus ce fameux adage de Loysel : « en mariage trompe qui peut » ? En tout cas on n'a pas soutenu jusqu'à présent qu'on avait exclu ces faits des causes de nullité mais qu'on les avait retenu comme causes de divorce, pour des simples raisons de symétrie juridique.

Le divorce s'obtient par une volonté privée contrôlée. Voyons quel est le rôle de la volonté privée au cours de la procédure.

Il existe un fait qui a toute la faveur des législateurs : c'est la réconciliation. Le désir de l'obtenir caractérise toute la procédure du divorce. Elle doit être tentée par le juge. Si elle se produit, c'est sûrement l'œuvre exclusive de la volonté privée. Cet acte est traité en Droit avec une extrême faveur ¹.

Au cours de la procédure de divorce les époux ne sont plus maîtres de leur volonté que si elle s'exerce en vue de refaire l'union en danger. Ainsi au cours du procès l'époux défendeur ne peut acquiescer à une solution d'admission du Tribunal (art. 249 ²).

La condamnation par défaut en appel (art. 434 C. de Procédure civile) n'est pas admissible ³. Le juge devra rechercher la vérité indépendamment de la présence des plaideurs.

Les délais admis pour user des voies de recours sont suspensifs d'exécution et non pas seulement, comme cela

1. La preuve de la réconciliation peut se faire au moyen de l'aveu ; celui-ci n'est cependant pas reçu pour établir les faits qui constituent la cause du divorce (Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 477).

La réconciliation est d'ordre public (Planiol, Ripert, Rouast, *id.*, p. 443) par la fin de non recevoir qui en découle pour l'action de divorce.

Elle s'applique à toutes les causes de divorce, même à celles qu'on qualifie de péremptoires et surtout, cas significatif, à celle qui découle d'une condamnation à une peine infamante (la jurisprudence n'est-elle pas guidée par le souci d'un certain reclassement du condamné ?)

La réconciliation peut être opposée en tout état de cause ; pour l'opposition en appel : Lyon, 2 mars 1894, D. 94. 2. 468. S. 94. 2. 136. Caen, 13 fév. 1913, S. 1914. 2. 150. Le juge peut même l'opposer d'office. Req. 9 mai 1904. D. 1904. 1. 316. S. 1904. 1. 312 ; voir Planiol, Ripert cités.

2. Pour la théorie générale de l'interdiction de l'acquiescement, voir Capitant, I, 230 et suiv. ; Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 478.

L'acquiescement à une décision de rejet du divorce est cependant admis : Capitant, I, p. 230 ; et la jurisprudence citée : Lyon, 29 mai 1928, S. 29. 2. 154.

3. Capitant, I, p. 230. V. aussi Req., 23 oct. 1889. D. P. 1890. 1. 397. S. 1890. 1. 61.

se passe en Droit commun, l'exercice même de ces voies de Droit ¹.

Il faut faire ici la place pour la théorie spéciale de l'aveu en matière de divorce. L'aveu est la preuve par excellence, dit-on d'habitude. Il dénote de la part du défendeur un état d'âme qui se rapproche d'un repentir, un désir de se ranger à la règle juridique ; c'est ce qui le pousse à reconnaître les faits, indépendamment de son intérêt. Telle est bien la situation en général ; mais l'aveu qui n'est pas corroboré par une enquête indépendante des affirmations du défendeur risque parfois de cacher une volonté créatrice de Droit, étrangère aux faits, quand les droits sont seulement la conséquence des faits. Les plaideurs ont, en général, des intérêts opposés ; la réconciliation est permise et si elle se produit, elle ne gêne pas l'ordre public.

Mais en matière de divorce les époux peuvent simuler une intention de se séparer à l'amiable et, en l'occurrence, la séparation amiable étant interdite, la simulation n'est pas tolérée.

Cela n'équivaut pas, cependant, au rejet total de l'aveu comme mode de preuve. Il sera seulement corroboré par d'autres preuves qui permettront aux juges de reconstituer exactement les circonstances constitutives de la cause de divorce invoquée. Le juge devra veiller, par tous les moyens, à empêcher la simulation d'une séparation amiable ².

§ 11. — NULLITÉ RELATIVE DU MARIAGE.

Du fait que le mariage se trouve rangé dans la classe des actes juridiques conventionnels, il est sujet aux clauses de nullité qui frappent cette catégorie d'actes.

On pourra donc retrouver, en ce qui concerne cette

1. Capitant, I, p. 231 et suiv.

2. Capitant, I, p. 227 ; voir Civ., 29 juillet 1929. S. 1930. 1. 20.

nullité relative, des règles semblables à celles qu'on étudie à propos des conventions en général.

Un acte juridique doit être analysé par rapport à ces quatre éléments qui le composent juridiquement : le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Essayons de retrouver ces éléments dans ce contrat qui s'appelle le mariage.

Le consentement.

Le consentement est l'adhésion volontaire, en pleine connaissance de cause, à la conclusion d'un acte juridique.

Est considérée comme vice du consentement toute circonstance qui conduit à une fausse représentation, provoquée ou non provoquée (extrinsèque ou intrinsèque à l'individu) des circonstances de l'opération.

Sont, par conséquent, des vices du consentement l'erreur (vice intrinsèque), le dol et la violence (vices extrinsèques). L'erreur correspond à une fausse représentation de la réalité, imputable au seul contractant : aucune force extérieure n'est venue s'exercer sur sa volonté. Il n'a à s'en prendre qu'à lui-même ; pourtant, une telle personne, quoique défaillante, semble devoir être juridiquement protégée. Le Droit n'est pas léonin.

La protection contre le dol et la violence se justifie facilement. Le contractant qui en est victime a été travaillé soit par des manœuvres frauduleuses, destinées à lui cacher la vérité, soit par une contrainte qui a forcé son action.

Le contrat suppose des individus égaux et libres ; il ne peut en tout cas permettre l'appropriation d'avantages par la guerre ou par la ruse ; le contrat est un mode de commerce juridique de temps de paix.

Quelle application a-t-on fait de ces idées en matière de mariage ? Ici aussi, le consentement doit être libre ;

ne nous attendons pas à découvrir des dispositions légales ou des règles juridiques rompant avec le reste du Droit civil ; il y a seulement des détails d'ordre technique qui doivent être expliqués, sous peine de prêter à des confusions.

Le dol. — Traditionnellement, le dol est exclu de la liste des vices du mariage (art. 180 C. civil). Cette omission législative, qui semble consacrée par le Droit positif, ne doit pas cependant nous faire croire que certaines manœuvres, partout ailleurs interdites, seraient autorisées ici. Il ne faut pas croire que réellement « en mariage trompe qui peut » ; le Droit ne demeure pas indifférent aux actions dolosives auxquelles les époux ont pu se livrer, l'un aux dépens de l'autre. Le Droit positif a cherché le moyen juridique le plus efficace pour assurer la protection de la victime contre de telles manœuvres et a trouvé le moyen le moins nuisible aux intérêts complexes de la famille.

La sanction du vice de consentement est, en Droit commun, la nullité, mais celle-ci opérerait rétroactivement : les intérêts des enfants et même ceux des époux pourraient, par la mise en œuvre d'une telle sanction, être gravement atteints. Il y a plus : une politique en faveur du mariage semble exiger que la dissolution du mariage soit accordée parcimonieusement et c'est là que l'adage de Loysel trouve un sens.

La jurisprudence ne prive pas de toute protection l'époux victime d'une manœuvre dolosive ; elle considère, au contraire, les agissements de ce genre comme constituant une injure grave, pouvant donner naissance à une action de divorce ¹.

C'est donc par une politique en faveur du mariage qu'il faut interpréter l'anomalie apparente de l'article 180 du Code civil.

1. Capitant, I, p. 172.

La suppression d'une des causes de nullité du Droit commun est compensée par la création d'un instrument spécial permettant d'anéantir un acte, mais qui n'opère pas rétroactivement.

Le législateur a exclu le dol de la liste des causes de nullité du mariage ; mais en même temps le Droit positif a créé, par l'élargissement jurisprudentiel de la notion d'injure grave, des possibilités de protection intéressantes ; ainsi une personne qui aura été trompée d'une manière aussi grave pour que les faits articulés puissent être retenus, pourra toujours demander le divorce pour cause d'injure grave ¹. Mais la situation des enfants, la situation du ménage, seront, jusqu'à la fin, sauvegardée.

Le législateur pense qu'il n'est jamais trop tard pour empêcher la dissolution du mariage.

Le dol, n'étant qu'un genre d'erreur, celle-ci doit être également sanctionnée. On aura toujours la possibilité de faire appel à la protection que le juge doit contre l'erreur et qui est, cette fois-ci, d'origine traditionnelle.

L'erreur. — L'erreur est un vice de consentement que le Code civil sanctionne en matière de mariage. Mais cette sanction est traditionnellement limitée à l'erreur sur l'identité de la personne et sur ses qualités essentielles ².

La violence. — Le Code civil admet à considérer en cette matière, comme un vice de consentement, la violence.

En fait, les occasions d'application de cette protection sont assez rares, étant donné le caractère solennel du mariage et les garanties très efficaces qui l'entourent.

Le défaut d'autorisation des parents. — Les mineurs ne peuvent se marier que dûment autorisés. Le défaut

1. Capitant, I, p. 172.

2. Capitant, I, p. 171. Voir aussi la jurisprudence qui n'entend par qualité essentielle d'une personne, que son identité civile. Pour la critique de ces solutions, v. Capitant, cité.

d'une telle autorisation engendre une nullité relative. Elle se rattache également à la théorie générale du consentement.

Revenons à la théorie générale de l'acte juridique, telle qu'elle a été élaborée par le Droit positif, pour la confronter avec les vices du consentement que nous venons d'énumérer en matière de mariage.

Les vices du consentement se rapportent à l'objet et à la cause. Dans les contrats « *intuitu personae* » ils s'appliquent aussi à la personne des contractants. Le mariage étant de toute évidence un contrat « *intuitu personae* » devrait être analysé comme tel.

La théorie générale de l'acte juridique trouve-t-elle des applications en matière de mariage ?

L'objet de ce contrat est sûrement la création d'une famille : le mariage unit un époux à l'autre.

La cause du mariage est évidemment, comme toujours, un « *mobile-but intrinsèque et abstrait* ¹ ».

Le Droit positif n'a rien modifié des théories traditionnelles de la cause ; nous n'avons ici rien de correspondant au mouvement qui s'est dessiné en jurisprudence, pour un grand nombre d'actes juridiques, en faveur d'une théorie de la cause impulsive et déterminante.

Le mariage est abstraitement causé, en lui-même, par la loi. L'attitude du Droit positif se concentre parfaitement dans la définition du mariage donné par M. Capitant ².

1. Jossierand, II, p. 65.

2. « Le mariage est un contrat civil et solennel par lequel l'homme et la femme s'unissent en vue de vivre en commun et de se prêter mutuellement assistance et secours sous la direction du mari, chef du ménage. » M. Capitant explique plus loin : « en fait ceux qui contractent mariage peuvent se proposer bien d'autres buts, mais une définition juridique n'a pas à tenir compte des intentions et des situations particulières. Cette considération explique pourquoi nous ne faisons pas entrer le dessein de perpétuer l'espèce dans la définition du mariage » (Capitant, I, p. 114 et 115).

En effet le législateur, malgré son attitude politique, n'entend

On pourrait cependant signaler le rapprochement que certains auteurs ont établi, pour le cas de séparation extrajudiciaire, entre le mariage et les contrats synallagmatiques en général ¹.

Les nullités relatives dérivant de ces vices s'obtiennent par une action en nullité strictement personnelle, réservée aux époux seulement ².

Elles sont prescriptibles ³.

Les nullités relatives peuvent, en général, se confirmer. Les nullités relatives du mariage sont également susceptibles de confirmation et obéissent ainsi à la règle générale de la nullité relative des actes juridiques ⁴.

favoriser le mariage qu'en lui-même ; jusqu'à présent il n'a pas fait du mariage un instrument de politique précise, démographique, par exemple.

Du point de vue de la théorie de la cause, le mariage reste, comme nous venons de le dire, un acte abstraitement causé et la jurisprudence n'a pas fait intervenir « la cause impulsive et déterminante » qui correspond de toute évidence à la variété infinie des buts que les parties peuvent se proposer et dont parle M. Capitant.

1. Voir *supra*.

2. L'action en annulation pour nullité relative est réservée aux seuls intéressés ; ni les ascendants, ni l'autre conjoint ne peuvent s'en prévaloir (Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 230). Voir aussi Civ., 26 fév. 1890. D. 90. 1. 290. S. 90. 1. 216 ; Bastia, 8 févr. 1888. D. 88. 2. 39. S. 98. 2. 227. Note Labbé.

Les héritiers ne peuvent intenter cette action (Planiol, Ripert, Rouast, *idem.*, p. 231 et suiv.), mais peuvent continuer une action que leurs auteurs ont déjà commencée (Planiol, Ripert, Rouast, cité, et aussi Laurent, 2, n° 450, Baudry Lacantinerie et Hougues Fourcade, III, n° 1749). Une telle action peut permettre aux héritiers de supprimer l'usufruit du conjoint survivant.

3. Les nullités relatives en matière du mariage sont prescriptibles (Aubry, Rau, t. VII, p. 56). Voir aussi les articles 181 et 184 Code civ. Le délai de six mois (art. 181 C. civ.) n'est qu'une confirmation tacite.

Planiol, Ripert, Rouast, II p. 232 font correspondre ici le délai de six mois aux délais de dix ans du Droit commun.

4. Il semble que les cas de prescription (voir la note *supra*) ont des cas de confirmation tacite.

Une confirmation expresse est-elle possible ? La loi se prononce dans l'article 183 (défaut d'autorisation des parents), mais n'énonce pas un principe général.

La doctrine pense, en général, que du moment qu'il s'agit d'une nullité relative celle-ci peut faire l'objet d'une confirmation expresse ; en ce sens Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 235, et aussi Aubry et Rau, t. VII, § 462, note 19.

CHAPITRE III

L'ORDRE PUBLIC LORS DE LA CONSTITUTION ET DE LA DISSOLUTION DE LA FAMILLE

Comme nous venons de le montrer, le Droit positif a reconnu d'ordre public plusieurs dispositions légales ; mais la majeure partie de ces dispositions sont qualifiées d'ordre public non pas par le législateur lui-même mais par les interprètes.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que le problème de la famille, dans son ensemble, intéresse au plus haut point la collectivité ; on pourrait difficilement justifier un manque de préoccupation de la part des pouvoirs publics à cet égard ; cet intérêt se manifeste d'ailleurs constamment, tant par le contrôle judiciaire et administratif que par une constante préoccupation législative.

La famille est réglée par la loi, la volonté légale doit s'imposer, du moins pour ce qui touche à la physiologie générale de la famille. Les masses doivent avoir sur ce point une attitude conformiste.

La volonté juridique impérative est l'accomplissement et l'exécution d'un plan. Soit qu'on a voulu codifier une institution héritée du passé, qu'on a voulu maintenir et en quelque sorte rééditer (attitude conservatrice), soit qu'on a voulu en adopter une nouvelle (mouvement novateur), le législateur tend vers l'organisation générale de la masse sociale, conformément à un plan ; mais

il doit poursuivre aussi l'acceptation sociale volontaire et générale de ce plan.

Là-dessus le Droit s'exerce en prêtant une idée de légitimité à une série de moyens techniques.

Pour la matière qui nous préoccupe, la loi a voulu maintenir la famille traditionnelle : une union monogamique stable. Le Droit a mobilisé à cette fin la conscience collective où d'ailleurs cette forme de vie familiale avait déjà des racines très profondes. En Droit civil, aujourd'hui, la situation normale pour un homme et pour une femme doit être celle de gens mariés. Cette union doit être durable.

L'attention des pouvoirs publics s'est surtout portée sur la vie familiale lors de sa formation et lors de sa dissolution. Cet intérêt se reconnaît au contrôle préventif qu'ils exercent quant aux conditions de fond du mariage, ainsi qu'au rôle actif qu'ils font jouer à leur agent, l'officier de l'état civil.

Il semble que, hors des prescriptions impératives de la loi sur la procédure du mariage, rien ne peut être fait : c'est d'ailleurs par ce côté que le mariage diffère, en somme, de l'union libre.

Tout arrangement en vue de déroger à ce statut légal, dérogation qui peut se produire, soit à cause d'un acte juridique conventionnel, soit à cause d'une omission non volontaire, ne souffre pourtant pas indistinctement les mêmes sanctions.

Les omissions sont assez rares, la procédure est dirigée par des services organisés de manière à rendre ces manquements presque impossibles ; quant aux actes conventionnels, ils se produisent assez rarement ; les masses acceptant en général à suivre les procédures du Code.

Quoi qu'il en soit, il est évident que l'État surveille de très près la vie de la famille et l'application de son régime juridique : c'est la masse sociale qui l'oblige à le faire.

Les manquements aux dispositions du Code quand ils se produisent ont tous la signification d'une lutte pour le Droit : tous ceux qui s'écartent des impératifs de la loi veulent, malgré cela, se faire reconnaître et accepter par elle.

Il y a lutte pour le Droit, lutte pour la prérogative accordée à la famille légitime, pour l'obtention de cette qualité de famille légitime en faveur d'une union conclue au mépris de la loi ; lutte encore pour sanctionner juridiquement contre, le Code, certains manquements de la part d'un époux rendant la vie commune impossible ; lutte enfin pour obtenir la possibilité juridique de se séparer, lutte qui a donné sur le plan objectif, la possibilité d'un divorce facile et simplifié¹.

Si l'on essayait maintenant de poser le problème dans ses termes classiques : que peuvent changer les particuliers aux prescriptions légales quant à la formation et à la dissolution du mariage, nous proposerions volontiers la distinction suivante :

a) S'agit-il de modifier délibérément à l'avance les règles de la formation du mariage, de se dispenser, par

1. On connaît les débats passionnés, tous de caractère politique, autour du divorce ; voici, d'après le traité pratique de MM. Planiol, Ripert et Rouast, la bibliographie des travaux qui ont plaidé la cause du divorce facile : H. Coulon : *Le divorce par consentement mutuel*, 1902. — Coulon et de Chavagne : *Le mariage et le divorce de demain*, 1908. — P. et V. Marguerite : *Deux vices*, 1902. — *Le Mariage libre*, *La Revue*, 1^{er} mars 1901, et les thèses suivantes : De Ribetrolles, Paris, 1904 ; Laurent, Dijon, 1904 ; Valensi, Montpellier, 1905 ; Boichut, Dijon, 1908 ; Geay, Poitiers, 1908 ; Russ, Paris, 1909 ; Bernard, Paris, 1911 ; Gues, Paris, 1912 ; Katz, Paris, 1912.

On a répondu à ces auteurs en soutenant la thèse inverse, celle du divorce rigoureux, en faisant valoir les arguments du divorce facteur de dissolution sociale ; dans ce sens, voir la mention du Conseil supérieur de la natalité, 1924. Un revirement s'est d'ailleurs produit contre le divorce, dans l'opinion publique (Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 403).

La jurisprudence s'est montrée par moments excessivement complaisante vis-à-vis de la thèse du divorce facile (voir en ce sens Trib. Montauban, 16 déc. 1902, *La Loi*, 14 janvier 1904, et Trib. Château-Thierry, 12 décembre 1901, *La France Judiciaire*, 23 février 1902, citées par la thèse de M. Katz).

Voir enfin pour le divorce en général : Durkheim : *Le divorce par consentement mutuel*, *Revue Bleue*, 1906, I, p. 553.

exemple, de sa célébration ou de certaines formalités de la célébration, une telle attitude, d'un non-conformisme flagrant, ne semble pas pouvoir être tolérée. Les juges qui exercent sur toutes ces questions un pouvoir souverain ne manqueront pas et en effet ne manquent jamais, de sanctionner cet esprit non conformiste.

b) S'agit-il au contraire de sauver de l'annulation certaines unions célébrées sans une complète observation des formes légales, les juges acceptent bien de ne pas attacher à ces formalités une trop grande importance. Tel serait le cas, par exemple, des mariages validés malgré le fait que l'officier célébrant était un usurpateur de sa fonction ¹. Il faut remarquer qu'on n'invoque pas toujours l'ordre public à l'occasion d'une sanction au nom de la volonté légale. Le plus souvent le pouvoir judiciaire frappe au nom d'une technique juridique quelconque : la rédaction même du texte ou bien certains éléments constitutifs d'un acte (consentement, formalités, etc...).

La notion d'ordre public est surtout employée dans les travaux de synthèse ; elle permet d'expliquer la résistance qu'on oppose à une certaine activité privée, à une certaine lutte pour le Droit, au nom de la conscience collective.

L'ordre public sert, croyons-nous, l'incessant effort de cette conscience collective et la partie que cette conscience prend quant à la lutte pour le Droit, quant à ses causes, quant à son résultat.

1. Capitant, I, p. 178.

CHAPITRE IV

LA FILIATION; FILIATION LÉGITIME

Nous avons exposé, au moment où nous nous sommes occupé de la constitution de la famille, l'attitude politique qui a inspiré la physionomie juridique de cette institution. Le législateur a résolu le problème bio-sexuel par la solution de la famille légitime, qu'il a promue au rang d'institution idéale ; dès lors, tous les efforts du Droit positif seront consacrés à la généralisation de cette institution. La famille légitime sera socialement entourée d'une atmosphère d'égards et de protection ; son prestige moral sera défendu. Cela correspond, en matière de filiation, au régime des preuves qui constitue un moyen au service d'une politique ; c'est ainsi qu'il faut comprendre les difficultés de la preuve de la filiation adultérine, par exemple.

La recherche de la paternité naturelle, la constatation d'une filiation irrégulière, ont été longtemps interdites ; il ne fallait pas permettre la discussion et la preuve de certains faits considérés comme attentatoires au prestige de la vie familiale. De l'incertitude qui entoure les circonstances de la conception le législateur avait tiré argument en faveur d'une politique de protection de la famille légitime.

L'enfant légitime est l'enfant conçu et né dans le mariage ; les circonstances souvent obscures de certaines naissances, les grandes difficultés de preuve et surtout le désir d'empêcher les procès susceptibles de troubler la

paix des familles ont conduit le législateur à organiser un système de preuves excessivement rigoureux, exclusivement basé sur des présomptions.

Dans son désir de favoriser la famille légitime (les auteurs emploient ici les termes de « protection de la paix de famille », « tranquillité des familles », etc.) étant donné qu'en cette matière le Droit dérive d'un fait qui n'est pas toujours facile à prouver, le Code civil réglemente strictement la preuve; il crée des présomptions qui, comme toujours, sont des manières de preuve; elles influent largement la distribution des Droits.

Ces présomptions sont de valeur différente ainsi que les actions juridiques qui tendent à établir le fait de la filiation et les droits qui en découlent. Nous allons examiner tout à tour les statuts de l'enfant légitime, de l'enfant naturel, de l'enfant adultérin et de l'enfant incestueux, et les actions qui protègent ces divers statuts; nous y retrouverons la large part que tiennent les présomptions établies par la loi.

§ 1. — LA FILIATION LÉGITIME.

La personne qui se réclame du statut privilégié d'enfant légitime doit établir le bien-fondé de sa demande; naturellement la filiation légitime découle du mariage des parents et de leur cohabitation.

Toute personne qui demande à la justice la protection d'un Droit doit établir le bien-fondé de ce Droit; en apparence rien ne distingue notre matière du Droit commun. Nous allons cependant voir, par la suite, qu'un régime très différent s'applique à la filiation.

Le Code civil demande que toute personne qui revendique la qualité d'enfant légitime établisse : 1^o le mariage des parents ; 2^o le fait matériel de l'accouchement

de la mère ; 3^o le fait d'être né des œuvres du mari et de cette femme ¹.

On est bien forcé de séparer la preuve de la filiation maternelle de celle de la filiation paternelle : à l'égard de la mère la filiation résulte du fait matériel de l'accouchement ; à l'égard du père la preuve matérielle de la filiation est presque impossible. Le Code établit donc la présomption de l'article 312 ; on présuppose : 1^o l'existence de rapport entre les époux ; 2^o la fidélité des époux, donc l'exclusion de tous rapports adultérins (art. 312, 2^e al., 314 et 315 C. civ.). Ces présomptions ne sont ni des présomptions, « juris tantum » ni des présomptions absolument « juris et de jure » ; elles peuvent, en effet, être renversées, mais suivant la procédure difficile du désaveu, dans des cas déterminés. Par la suite, le Droit positif a porté de nombreuses atteintes au système primitif du Code civil et, aussi, à ce qu'un texte législatif peut avoir de plus strict.

La légitimité profite :

a) Aux « enfants issus de parents mariés et qui sont conçus pendant le mariage ² » ;

b) Aux enfants légitimés, en vertu d'une fiction de la loi ³.

Dans le premier cas, celui des enfants issus de parents mariés et conçus pendant le mariage, quelles sont les garanties juridiques dont bénéficient ces enfants quant à leur état, qui et comment peut leur contester cet état, dans quel cas et comment peuvent-ils se défendre ?

Examinons en premier lieu la situation de l'enfant par rapport à ses parents. Le Code civil distingue la situation de l'enfant par rapport à sa mère et de celle par rapport à son père.

1. Capitant, I, p. 262 et suiv.

2. Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 616.

3. Planiol, Ripert, Rouast, *id.*

a) *La filiation légitime matérielle.*

La personne qui veut établir sa filiation par rapport à une femme mariée doit prouver :

1° L'accouchement ;

2° L'identité du demandeur avec celle de l'enfant accouché ;

3° Le mariage de la mère.

La preuve est normalement administrée au moyen des actes d'état civil ; la naissance ressort des actes de naissance.

A défaut d'un titre, la filiation peut être établie au moyen de la possession d'état, qui doit réunir les trois éléments nécessaires : nomen, tractatus et fama. Si la possession d'état fait défaut, reste encore la preuve testimoniale, mais qui ne peut être administrée que si elle se trouve corroborée par des indices graves ou par un commencement de preuve par écrit (art. 323 du C. civ.).

Si la possession d'état concorde avec le contenu de l'acte de naissance, l'article 322 du Code civil, crée au bénéfice de l'enfant une présomption irréfragable : il ne peut être inquiété par personne, quant à son état d'enfant légitime ; mais aussi ne pourra-t-il prétendre à un état différent de celui qui résulte de ces preuves.

b) *La filiation légitime paternelle.*

Partant des difficultés absolues de prouver la paternité, le Code civil se voit obligé de trancher cette incertitude au moyen d'un système de présomptions fixé dans les articles 312, 314, 315 du Code civil.

Ces présomptions ont à la base une constatation scientifique¹ ; elles supposent encore : a) l'existence des rapports entre les époux ; b) l'exclusion de rapports adulté-

1. Voir les rapports de Fourcroy et Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 617.

rins, donc la fidélité des époux. Ces deux présomptions sont traduites par la formule « *pater is est quem nuptiae demonstrant* ».

La présomption ne cède pas devant l'aveu des parents adultérins qui auraient déclaré, dans l'acte de naissance d'un enfant, que celui-ci a, malgré la présomption du Code, une paternité différente ¹.

La famille est ici protégée par une présomption légale même contre la vérité.

Cette présomption s'attache non seulement à la conception, mais aussi à la viabilité de l'enfant ².

Si un enfant vient de naître plus de 300 jours après la cessation du mariage, il se trouve encore à bénéficier d'une situation favorable : le législateur présume encore sa légitimité (art. 315, C. civ.) mais ce sera alors une présomption simple car elle peut être facilement renversée au moyen de l'action en contestation de légitimité, largement ouverte à tout intéressé ³.

Examinons maintenant les différentes hypothèses où l'on peut contester à une personne son état d'enfant légitime, les modalités juridiques permettant de le faire, et, si l'enfant a été l'objet d'une expulsion injuste de sa famille légitime, les moyens que le Droit lui réserve pour se défendre.

Si l'enfant a été l'objet d'une pareille expulsion, il a, pour se défendre, l'action en réclamation d'état.

Cette action lui est strictement réservée ; une seule exception est établie en faveur de ses héritiers, lesquels peuvent la continuer, s'il l'a déjà intentée, ou la com-

1. Capitant, I, p. 272 : « ... l'indication d'un père adultérin n'aurait aucune valeur. »

2. Civ. 11 juillet 1923. D. 1923. 1. 130. S. 1924. 1. 113, note, Huguenet « Vu l'article 312 du Code civil ; attendu que ce texte, en fixant, la période légale de la conception de l'enfant... présume même par cela que l'enfant peut naître viable à quelque moment qu'il ait été conçu au cours de cette période ; que cette présomption s'impose aux juges... »

3. Capitant, I, p. 343 et suiv. ; Planiol, Ripert, Rouast, II, p. 618.

mencer, s'il est décédé à l'état de minorité ou dans les premières cinq années de sa majorité (art. 229, 230, C. civ.).

Si maintenant on veut expulser d'une famille l'enfant qui bénéficie injustement de la légitimité, on peut intenter suivant le cas :

I. Le désaveu, si on se trouve dans les cas où il est admissible, lorsque l'enfant est couvert par la présomption « *pater is est...*¹ ».

II. La contestation d'état d'enfant légitime, si l'on veut prouver que l'enfant n'est pas issu de la femme qui est indiquée comme étant sa mère dans l'acte de naissance².

III. Enfin la simple contestation de légitimité³, qui tend à prouver seulement que l'enfant ne bénéficie pas de la présomption de légitimité établie en sa faveur. Cette action doit être nettement distinguée du désaveu.

Qui peut agir pour contester à un enfant sa qualité d'enfant légitime ?

Si on se trouve dans la nécessité de prendre la voie du désaveu (si l'enfant bénéficie de la présomption « *pater is est* ») le mari, seul, a le pouvoir d'intenter l'action. Ses héritiers ne peuvent agir que dans des conditions exceptionnelles (art. 317) ; ils ne peuvent intervenir que si le mari est mort sans agir, mais dans le délai utile pour le faire⁴.

§ 2. — LA LÉGITIMATION

On discute beaucoup sur le rôle de la volonté privée par rapport au statut des personnes ; on dit générale-

1. Capitant, I, p. 278 et suiv.

2. *Idem.*, p. 339.

3. *Idem.*

4. *Idem.*, p. 341.

ment que la loi règle ces statuts et que la volonté privée est impuissante à apporter à ces règles un changement quelconque.

Il faut observer cependant que la loi indique elle-même certains changements possibles dans l'état des personnes et qui s'opèrent par la volonté privée.

La légitimation est un de ces cas. Elle permet aux parents qui ont vécu à l'état de concubinage et qui ont eu des enfants, de régulariser leur situation, ainsi que celle de leurs descendants.

En vertu d'une fiction de la loi et par une procédure toute exceptionnelle, une famille naturelle peut devenir une famille légitime.

Ce fait est suffisant pour nous permettre de qualifier la légitimation comme une mesure en faveur du mariage et de la famille légitime. M. Capitant¹ désigne lui-même cette opération comme le « moyen le plus efficace pour relever la condition des enfants nés hors mariage ». La mesure est destinée en principe aux enfants naturels et au concubinage.

La légitimation doit entraîner la régularisation simultanée de l'union des parents et de la situation des enfants (art. 331, C. civ.).

Sous le régime du Code civil, demeuraient exclus de ce bénéfice de la loi les enfants adultérins et incestueux.

La législation de l'époque était toute pénétrée d'un esprit rigoureux à l'égard de l'union libre et surtout à l'égard de l'adultère et de l'inceste. Ce trait ressortira encore mieux de la partie qui suivra et qui traitera de la filiation naturelle, adultérine et incestueuse.

Un mouvement de tolérance se dessine bientôt et entraîne la création de lois du 7 novembre 1907 et du 30 décembre 1915.

La première autorise la légitimation des enfants incestueux.

1. I, p. 313.

tueux, notamment si le mariage des parents, interdit lui aussi comme incestueux, a été par la suite autorisé par la dispense légale ; elle autorise la légitimation en vertu de la théorie du mariage putatif, dans tous les autres cas ¹.

Ces lois permettent en core la légitimation des enfants adultérins dans les cas suivants :

1° Si l'enfant, né d'une mère adultère, a été régulièrement désavoué (art. 331, 1^{er} al.) ;

2° Si l'enfant est né du concubinage adultérin de celui de ses parents qui était dûment autorisé à avoir une résidence séparée de celle de son conjoint (art. 331, 2^e al.) ;

3° Si l'enfant est né d'un père adultérin, même si celui-ci n'avait pas un domicile séparé, pourvu qu'il n'existe pas d'enfant issu du mariage au cours duquel l'enfant adultérin est né ou a été conçu ².

La légitimation exige une reconnaissance préalable. Les enfants peuvent être reconnus soit antérieurement, soit au moment même du mariage des parents.

La loi du 30 décembre 1915 permet, enfin, la légitimation « post nuptias » pour le cas où l'enfant n'a été reconnu qu'après le mariage des parents. Dans ce cas la légitimation s'opère par un jugement.

Déjà avant ces mesures législatives, la jurisprudence a eu à s'occuper de la prohibition de l'article 331 pour fixer le caractère de ses interdictions. Elle a toujours traité sévèrement les enfants adultérins ³, mais s'est montrée plus indulgente pour les enfants incestueux ⁴. Elle a toujours considéré que la légitimation des enfants incestueux devenait possible si une autorisation avait permis aux parents incestueux de se marier.

1. Capitant, I, p. 316 et suiv.

2. *Idem.*, p. 320.

3. Capitant, I, p. 315 et Civ., 25 juin 1877. D. P. 78. 1. 262 ; S. 78. 1. 217 et même après la loi de 1917. V. Civ., 7 juillet 1910. D. P. 1912. 1. 62 ; S. 1914. 1. 273. Note Loubers citée.

4. Capitant, I, *idem.*

Sociologiquement toutes ces mesures dénotent l'intérêt que la masse témoigne pour l'institution du mariage et de la famille légitime; la possibilité d'y accéder est toujours demandée par ceux qui se trouvent dans des situations irrégulières.

Juridiquement la légitimation doit être analysée comme un acte de volonté, de même que la reconnaissance; mais le Droit exerce ici un Droit de police : il ne permet la légitimation qu'à ceux qui se conforment au plan préétabli de la loi. Il y a toujours une politique de la famille légitime qu'il faut observer et respecter.

Une dernière observation va confirmer cette interprétation. Ce n'est qu'aux parents que le Code civil accorde le droit de régulariser la situation des enfants naturels au moyen de la légitimation, leur permettant ainsi de bénéficier du statut d'enfants légitimes. De ce point de vue l'état des enfants naturels est à jamais entre les mains des parents.

C'est au seuil de la famille légitime que s'arrête les prérogatives juridiques des enfants naturels.

Il existe bien une reconnaissance forcée qui permet, malgré les termes contradictoires de cette expression de revendiquer la protection juridique en ce qui concerne le droit de la famille naturelle; mais on ne permet pas à l'enfant naturel de réclamer, par une action en justice, son droit à la légitimation.

Sans doute le Droit évolue en ce moment vers une égalisation de plus en plus complète des deux statuts : celui des enfants naturels et celui des enfants légitimes; mais encore une fois, l'enfant naturel n'a pas un droit à la légitimation. L'égalisation dont nous venons de parler s'arrête là; on accorde aux enfants naturels des droits sans cesse accrus dans leur famille naturelle.

De tout ce que nous venons de dire il résulte que la collectivité est fortement intéressée aux règles qui définissent le statut des personnes; elle attache aussi une

grande importance à celles qui ont trait aux situations irrégulières. On fait ici une application fréquente de la notion d'ordre public mais il faut observer que la jurisprudence se contente le plus souvent des interdictions ou des commandements de la loi : ce n'est que la doctrine qui, essayant toujours des synthèses, a besoin de cette notion pour comprendre le développement du Droit positif. La légitimation, en tant que partie du droit des personnes, est d'ordre public.

La légitimation s'opère par une volonté privée, par la volonté des parents.

La légitimation est cependant, sans conteste, une matière d'ordre public. Le législateur ne met pourtant aucun obstacle à cette volonté privée qui peut, on le voit, modifier l'état des personnes ainsi qu'il résulte des faits ; elle permet de donner à l'union libre certains effets de l'union légitime.

Quel est le sens de cette opération ? Quel rôle joue ici la volonté privée ?

La volonté privée fait preuve sûrement de conformisme par rapport à l'esprit de la loi ; la légitimation est une sorte d'amende honorable ; elle témoigne du fait que ceux qui la réalisent conservent en estime l'institution de la famille légitime. Ce n'est nullement là l'exemple de personnes faisant l'apologie du concubinage, mais, au contraire, l'action de personnes ne demandant pas mieux que de se ranger, en régularisant leur situation, à la politique du législateur.

La meilleure politique, en faveur de la famille légitime, réside incontestablement, comme le dit M. Capitant, dans le fait d'assurer aux anciens concubins une possibilité de transformer leur union en famille légitime.

La volonté conformiste est ici, comme partout ailleurs, favorablement accueillie.

Une dernière remarque s'impose : dans les cas où l'union libre allait directement à l'encontre de la famille

légitime, comme dans le cas de l'adultère, ou bien encore dans les cas où une union contrariait la morale familiale ainsi que le faisait l'inceste, le législateur avait commencé par imposer une politique rigoureuse : il avait interdit, non seulement les mariages entre les concubins coupables d'adultère ou d'inceste : il rendait aussi impossible la légitimation des enfants issus de ces unions.

La lutte pour le Droit a vite démoli ces positions : le mariage de l'époux adultère et de son complice sont aujourd'hui autorisés ; le mariage des personnes apparentées peut être autorisé.

La légitimation ne tarda pas à être accordée elle aussi ; elle le fut par les lois de 1907, 1915 et 1924 que nous avons mentionnées.

Les anciennes prohibitions du Code civil, qui s'opposaient à la légitimation des enfants adultérins et incestueux étaient d'ordre public ; les permissions d'aujourd'hui le sont également.

§ 3. — LA FILIATION NATURELLE : POLITIQUE ET RÉGLEMENTATION.

On ne peut commencer l'étude de la filiation naturelle, par rapport à l'idée d'ordre public, sans constater dès le premier abord que les enfants d'une union libre ont toujours eu une situation inférieure à celle des enfants nés des unions régulières ¹.

On a l'impression de faire du Droit naturel en disant que la situation juridique de l'enfant naturel trouve sa source dans le fait matériel de la naissance et on a aussi l'impression de faire du Droit très rigoureux et très strict en disant que le législateur fait dériver le droit de l'enfant légitime du fait de sa naissance dans le mariage.

En réalité il s'agit de tout autre chose : nous venons de

1. Capitant, I, p. 305 et note 1.

décrire un processus équivalent en étudiant l'institution du mariage.

Il s'agit d'une institution politique à laquelle vont toutes les faveurs législatives en vue de sa réalisation et de sa diffusion sociale : il s'agit de la famille légitime. Le législateur crée un statut de faveur pour la famille légitime et un statut de rigueur pour la famille naturelle, ou union libre.

Il semble d'ailleurs qu'il est assez faux de dire que les droits des enfants légitimes trouvent leur origine juridique dans la filiation régulière. Nous avons constaté que, dans nombre de cas, cette filiation elle-même, est présumée par la loi qui crée ainsi dans certaines circonstances et d'une manière toute artificielle, au moyen de présomptions légales, des rapports de filiation sans aucune base réelle. Ce sont d'ailleurs là encore les moyens et les faits d'une politique en faveur du mariage et de la famille légitime.

Ne serait-ce pas sociologiquement plus juste de dire que toutes les dispositions légales qui ont trait à la famille légitime et aux cas divers de familles irrégulières ne sont en réalité que l'organisation, par les moyens les plus divers, d'une volonté sociale toute dirigée vers l'exécution d'un certain plan d'organisation sociale ? N'est-ce pas là tout le sens de la volonté légale ? Cette affirmation se justifie facilement pour l'organisation de la famille légitime : le Droit objectif organise une distribution de Droits subjectifs et taille, pour les formes légitimes, des parts toujours plus grandes de prérogatives de tout genre ; les prérogatives juridiques (Droits subjectifs) en sont sûrement du nombre. Il y a là non seulement une prime d'encouragement, un avantage d'ailleurs compréhensible, puisqu'il va à ceux qui se conforment aux exigences légales, et l'attitude conformiste attire par elle-même cette prime, mais aussi un avantage juridique réservé à cette activité sociale, avantage qui cons-

titue un puissant moyen de propagande en faveur de la forme sociale qu'on veut servir.

La politique en faveur de la famille légitime qui comprend toutes ces mesures n'a-t-elle pas contribué d'une manière décisive au maintien de cette institution ? Il nous semble qu'une telle interprétation conduirait à coup sûr à une compréhension plus complète du droit de la famille.

La filiation naturelle.

Nous verrons que les faits énoncés se retrouvent en matière de filiation naturelle.

La preuve de la filiation naturelle a toujours été dominée par des considérations d'ordre politique ¹.

M. Capitant constate que l'ancien Droit, qui ne reconnaissait presque pas de prérogative juridique à l'enfant naturel, lui permettait cependant une preuve facile de sa filiation.

Au contraire, après la Révolution, lorsque de nombreux droits subjectifs ont été accordés à l'enfant illégitime, la preuve de la filiation naturelle est devenue extrêmement difficile à tel point que certains auteurs sont obligés de douter si le Code civil a vraiment organisé une preuve de la filiation irrégulière ou seulement la reconnaissance des enfants naturels.

Nous croyons que cette marche divergente de la faculté de prouver et du nombre de prérogatives accordées tient plutôt à la cause suivante :

Sous l'ancien Droit, la filiation naturelle était considérée d'une manière très défavorable : l'enfant naturel était désigné dans l'ancienne France par le terme outrageant de bâtard. Une naissance irrégulière était une chose honteuse, qui ne pouvait servir de support pour la revendication d'un Droit.

1. Capitant, I, p. 288 et 304.

Au moment de la Révolution, le fait d'une naissance irrégulière avait de plus en plus tendance à passer dans l'opinion commune comme une circonstance malheureuse.

Or le malheur est un titre autrement efficace pour soutenir une lutte dont l'objet est l'augmentation des prérogatives juridiques, des Droits subjectifs. A ce moment, grâce au changement survenu dans l'idéologie générale, l'enfant naturel et ceux qui combattaient pour lui se trouvaient dans une situation autrement avantageuse.

Il n'en était d'ailleurs presque pas besoin : la Révolution n'avait-elle pas affirmé, comme une de ses idées directrices, la capacité complète et illimitée de l'homme ? La personne humaine ne devait-elle pas être dorénavant titulaire de tous les droits, par le seul fait de son existence ? Tout manque d'équilibre entre les différents statuts des Droits subjectifs devra être désormais amplement justifié.

L'enfant naturel et l'union libre se trouvaient donc avantageusement placés pour leurs revendications juridiques lors de la rédaction du Code civil.

Il fallait cependant continuer la politique en faveur du mariage de la famille légitime.

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas entendu renoncer aux formes traditionnelles de la vie de famille, et les avantages juridiques accordés aux enfants naturels ne pouvaient, en aucun cas, se retourner contre la famille légitime.

On s'est décidé à continuer cette politique en faveur du mariage et l'une des techniques choisies a été sûrement le régime des preuves en ce qui concerne la filiation naturelle. N'a-t-on pas dit, lors de la rédaction du Code civil¹, que l'État n'avait aucun intérêt à la

1. Séance du Conseil d'État du 26 Brumaire an X (Capitant, I, p. 288).

constatation de la filiation irrégulière ? On a diminué les possibilités de la preuve ; cette restriction devait fatalement se répercuter sur l'étendue des droits.

En interdisant ou en limitant la preuve de la filiation naturelle, on en a limité les conséquences juridiques.

Nous croyons pouvoir avancer que tout le régime de la filiation naturelle est réglé d'une manière décisive par la volonté privée.

Dans cette matière, pourtant, la notion d'ordre public a souvent été invoquée ; nous croyons pouvoir démontrer que cet appel à la notion d'ordre public ne s'est produit que pour assurer à la volonté privée une marche à sens unique : dans la seule direction du plan légal.

Tour à tour on interdira à la volonté privée d'agir parce qu'elle nuit à la famille légitime ; ou bien on lui permettra de s'exercer, parce qu'elle agit en faveur de la personne humaine. Nous croyons que ces deux idées sont également d'ordre public. Cela n'est pas pour nous étonner : ce trait caractéristique doit être recherché et retrouvé dans tout le Droit civil. On s'est persuadé que l'augmentation du patrimoine juridique de l'enfant naturel n'était nullement en opposition avec une politique en faveur du mariage.

La preuve de la filiation naturelle.

Le Code civil organise, pour la filiation naturelle, un mode de preuve principal : la reconnaissance de la part des parents ; l'enfant a, en plus, le droit de provoquer une enquête qui doit aboutir à la constatation des liens qui l'unissent à ses auteurs.

Lorsque les parents refusent de confesser, d'avouer le lien de parenté qui les unit à leur descendance naturelle, ces enfants peuvent, sous certaines conditions,

provoquer une enquête et les forcer à accepter les conclusions qui s'en dégagent, et cela au moyen d'une action en justice. C'est ce qu'on appelle la recherche de la paternité et de la maternité naturelle. Cette voie de Droit est souvent qualifiée de « reconnaissance forcée ».

La filiation naturelle se trouve ainsi placée (la terminologie même nous l'indique) sous l'action de la volonté privée; le Code civil a entendu organiser ainsi cette matière car il se préoccupe assez peu de la recherche de la vérité mais bien plus, au contraire, de l'acte juridique de la reconnaissance.

La reconnaissance volontaire.

La reconnaissance volontaire est un acte individuel au moyen duquel les parents déclarent l'existence d'un lien de filiation naturelle qui les unit à telle personne, leur enfant.

La reconnaissance est un acte individuel : il n'a d'effet qu'à l'égard de son auteur. Cela semble paradoxal puisqu'elle porte en réalité sur un fait, la cohabitation des deux parents ¹.

Le caractère individuel de la reconnaissance ne peut être compris que par le désir du législateur de faire de cette opération un acte juridique comme tous les autres, c'est-à-dire, par certains côtés, un acte créateur d'obligations.

On dit cependant, généralement, que la reconnaissance est un acte simplement déclaratif ².

Nous croyons pouvoir affirmer que c'est plutôt un acte mixte, tenant à la fois de la déclaration et de l'admission ³.

M. Capitant explique par le caractère déclaratif de

1. Capitant, I, p. 290.

2. Capitant, I, p. 291.

3. Voir, pour cette théorie, Ambroise Colin, étude dans *Rev. Trim. de droit civil*, 1902, p. 256, et Planiol, Ripert, Rouast, t. II, n° 824.

la reconnaissance certaines solutions des tribunaux qui n'exigent pas, pour la validité de cette opération, une capacité complète (celle qui est demandée pour la confection des actes juridiques générateurs d'obligations ¹).

Ainsi peut reconnaître, d'après la jurisprudence, sans être habilité, et selon les distinctions suivantes :

le mineur, sans assistance du tuteur ²;

la femme mariée, sans consentement du mari ³;

même le fou, dans un intervalle lucide, sans aucune autorisation ⁴.

Cette attitude de la jurisprudence demande à être expliquée.

Si le Code civil est tout inspiré (les travaux préparatoires le prouvent) par le désir d'assurer un climat politique en faveur du mariage et si toute la preuve de la filiation naturelle doit être interprétée d'une façon restrictive, nous pouvons difficilement comprendre toute extension, toute interprétation large des règles sur la preuve de la filiation naturelle.

Cela résulte bien du fait que les rédacteurs du Code civil ont entendu employer le régime des preuves comme un instrument de limitation des droits de l'enfant naturel.

Malgré tout, les tribunaux ont largement interprété, à la faveur de la famille naturelle, les règles du Code civil. On rattache en général ces décisions au désir, si souvent exprimé par la jurisprudence, de protéger l'enfance malheureuse.

L'article de M. Ambroise Colin que nous venons de citer est le meilleur plaidoyer en faveur de l'enfance naturelle ; l'éminent juriste va, dans son désir de

1. Capitant, I, p. 292-293.

2. Planiol, Ripert, Rouast, t. II, p. 700, et jurispr. citée.

3. *Idem.*

4. *Idem.*

relever la condition de ces enfants, jusqu'à dire (et cela en 1902) que l'article 340 du Code civil est un texte condamné¹. La loi de 1912 n'existait pas à ce moment : cela marque de toute évidence le grand désir de la doctrine et de la jurisprudence d'avantager de plus en plus l'enfance naturelle.

Il faut, par conséquent, regarder toute cette jurisprudence sous un jour différent. C'est, en réalité, une jurisprudence créatrice : on voulait plaider la cause de l'enfance naturelle et enlever au Code civil toute une partie de son système primitif. On renonçait à cette partie de la politique du Code civil en faveur de la famille légitime, celle qui se rapporte aux preuves de la filiation naturelle. Cependant, la jurisprudence n'a pas été unitaire dans son attitude : ainsi il y a des cas où ces solutions pourraient être interprétées en sens contraire. M. Ambroise Colin, en distinguant la reconnaissance-confession de la reconnaissance-admission, proteste contre cette dernière, devenue à ce moment tout à fait anachronique.

Les tribunaux ont maintes fois affirmé que la reconnaissance n'est pas seulement l'aveu d'un fait, mais aussi la création, par la volonté, d'une situation nouvelle ; c'est ce qui a fait dire à de nombreux auteurs que la reconnaissance est un acte juridique dominé par la volonté. Comme telle, et la jurisprudence l'a parfois reconnue, une reconnaissance peut être attaquée non seulement comme mensongère, mais aussi pour les vices habituels du consentement : pour violence, erreur ou dol².

Cette jurisprudence donne incontestablement à la reconnaissance un caractère d'acte créateur. Elle se trouve ainsi placée, plus ou moins, à la discrétion de son auteur.

1. A. Colin, article cité.

2. Voir Planiol, Ripert, Rouast, I, cité; contra Capitant, I, p. 295.

La reconnaissance est un acte formaliste (art. 334) qui doit être passé dans la forme d'un acte authentique. Il y aura par conséquent une nullité de la reconnaissance dans les cas où elle a été passée en forme irrégulière.

Jusqu'ici, nous avons passé en revue les cas d'application et d'exercice de la volonté des parents qui, de plein gré, acceptent de reconnaître leur descendance illégitime. Dans ces cas ils font bénéficier leurs enfants naturels des avantages que la loi leur réserve.

Si maintenant les parents refusent de reconnaître la vérité, l'enfant a-t-il un moyen quelconque pour se faire accorder les avantages correspondant à son état ? En d'autres termes, comment la volonté de l'enfant, peut-elle, cette fois-ci, demander et obtenir les privilèges juridiques auxquels celui-ci a droit par sa filiation ?

On est ainsi conduit à étudier la recherche de la paternité et de la maternité naturelles.

§ 4. — LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ ET DE LA MATERNITÉ NATURELLES.

Quel est le moyen dont disposent les enfants naturels pour démontrer le lien qui les unit à leurs parents, si ces derniers refusent de le reconnaître de leur plein gré ?

Longtemps, préoccupé par le désir d'assurer une primauté indiscutable à la famille légitime, le législateur a refusé au « bâtard » toute espèce de droit contre sa famille. Toute relation hors mariage était déconsidérée ; le nombre des unions libres n'était d'ailleurs pas très grand : les centres industriels peuplés de masses prolétariennes n'étaient pas encore nés : c'était ces masses qui devaient, avec le temps, poser au législateur, d'une manière angoissante, le problème du concubinage.

L'Église, de son côté, avait concentré ses efforts pour maintenir l'union libre à l'état de péché.

Au moment de la Révolution la situation de l'enfant naturel n'a pas été un point précis de programme ; mais les idées libérales et égalitaires qui flottaient dans l'air devaient fatalement influencer l'étendue de ses droits. Le Code civil accorde des droits à l'enfant naturel ; mais le premier des droits, celui de la faculté de prouver qu'il se trouve dans une certaine situation de fait par rapport à ses auteurs, lui était refusé ; or, cette situation de fait était pour l'enfant naturel génératrice de droits. Chose curieuse, après avoir enrichi, en principe, le patrimoine juridique de cette catégorie sociale, on adopte un régime de preuves tellement rigoureux, que la portée de la première réforme s'en trouve sensiblement réduite. Nous avons dit maintes fois que le régime des preuves de la filiation naturelle représente la politique du Code civil : c'est une politique en faveur du mariage. Le législateur ferme les yeux et refuse d'accorder les droits qui découlent des faits ; il n'accepte que très difficilement de constater leur existence.

Le législateur a adopté, pour la preuve de la maternité naturelle, un régime libéral ; il n'avait plus ici le bénéfice des circonstances obscures pour lui permettre de régler par la preuve la distribution des droits.

Il est resté longtemps¹ au régime sévère pour la preuve de la paternité. La certitude s'acquiert ici difficilement. C'est le prétexte qui a inspiré l'article 340 du Code civil.

C'est toujours là qu'il faut chercher l'explication de la loi de 1912 : les difficultés de preuve restent les mêmes ; ce qui a changé, c'est la politique du législateur.

1. De 1804 à 1912 ; Capitant, I, p. 288.

Cette politique, juridiquement toute d'ordre public, a encore été changée par la lutte pour le Droit. On connaît les débats passionnés en faveur de l'enfance naturelle, qualifiée d'enfance malheureuse ; on connaît également la jurisprudence antérieure à la loi de 1912, sur la recherche de la paternité naturelle, toute contre l'esprit du Code civil et qui donnait à l'enfant naturel des droits de plus en plus étendus.

§ 5. — LA VOLONTÉ PRIVÉE DANS LES ACTIONS D'ÉTAT.

Les moyens de protection que le Code civil assure aux statuts des personnes (les actions d'état) peuvent-ils être influencés par la volonté privée au cours de leur exercice ?

Nous croyons pouvoir affirmer que l'exercice même de l'action constitue un acte de volonté individuelle. Il en est de même de l'abstention, du refus de demander aux juges l'enquête qui doit aboutir à la révision d'un état civil.

Mais à part cela, en admettant qu'une pareille abstention soit l'œuvre d'une volonté délibérée et non pas seulement l'effet d'une ignorance, comment peut-on modifier par la volonté privée le déroulement d'une action d'état ?

En langage habituel : ces actions peuvent-elles se prescrire, peut-on y renoncer, peut-on transiger et, enfin, qui peut les exercer au nom des personnes qui en bénéficient directement de par la loi ?

Les actions d'état civil sont colorées de manière différentes, selon la personne qui les exerce et selon le but qu'on poursuit.

La jurisprudence distingue certaines personnes qu'elle présume agir dans un intérêt moral (peut-être dans l'intérêt d'obtenir un droit de famille, abstraitement envisagé et indépendant de ses conséquences

pécuniaires), de celles qui ne poursuivent que les conséquences matérielles de ces droits.

D'après cette distinction elle donne les solutions suivantes :

a) Pour la renonciation ou la transaction et l'acquiescement :

Celui qui agit pour obtenir un droit de famille ne peut ni transiger, ni acquiescer, ni renoncer valablement ¹.

Au contraire, ceux qui poursuivent seulement les conséquences pécuniaires des droits de famille ont en leurs mains une action de Droit commun : ils peuvent par conséquent renoncer, transiger, acquiescer ².

b) Pour la prescription :

Le temps qui passe a, pour ces actions, une influence variable selon les buts qu'on veut atteindre.

La réclamation d'état ne se prescrit pas pour l'enfant (art. 328, C. civ.).

Mais le désaveu est limité par des délais préfixes qui peuvent être invoqués par le juge, d'office ³.

L'imprescriptibilité de la réclamation d'état se justifie par le fait qu'elle est un droit de l'homme qui se trouve être conforme à l'ordre légal (à l'idée de la famille). Ce n'est pas l'enfant qui veut se dégager du cadre légal ; on veut le faire sortir de sa famille légitime, il prétend que les circonstances de sa naissance lui permettent d'y rester, il ne demande qu'à se ranger au plan législatif.

Le désaveu, par contre, est destiné à expulser un enfant présumé légitime, ou plutôt bénéficiant d'une présomption injuste de légitimité, pour le reléguer

1. Capitant, I, p. 348 et suiv. Voir aussi pour l'acquiescement, Sirey, 1903, I, 273. Note Pilon et pour la renonciation, Req., 26 février 1900, D. P. 1900. 1. 249 S. 1901. 1. 93.

2. Capitant, *id.*

3. Capitant, I, p. 349.

dans la condition inférieure d'enfant naturel ou même adultérin. Les délais préfixes sont établis ici pour protéger encore la dignité de la famille légitime.

Si l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant, elle peut se prescrire à l'égard de ses héritiers.

c) Qui peut agir à la place des personnes qui poursuivent l'obtention d'un droit de famille, dans une action d'état ?

Quant le droit à l'action est réservé au seul titulaire du droit de famille, aucune autre personne ne peut l'exercer, même si elle veut obtenir seulement les conséquences patrimoniales de ce droit de famille.

Par contre, quand elle est entre les mains d'une personne qui poursuit ces conséquences patrimoniales, l'article 1166 Code civil trouve son application et les créanciers peuvent intervenir.

§ 6. — L'ORGANISME FAMILIAL; PUISSANCE PATERNELLE.

La famille est le cadre que le législateur a établi et conservé en vue d'assurer le développement de la personne humaine. L'enfant y est élevé, éduqué, nourri.

La famille forme ainsi un groupement de personnes qui utilisent en commun, malgré certaines règles des régimes matrimoniaux, les ressources communes¹; autour de ce noyau familial se forme un lest économique, résultat de l'épargne réalisée sur le travail familial, et sur les fruits des biens des époux ou des enfants. Cela représente une possibilité de progrès; les enfants peuvent utiliser ce patrimoine déjà créé, cette première marche; ce sera leur tâche que de monter plus haut.

Le Droit civil ne reconnaît peut-être pas dans la famille, en principe, un sujet de droit.

1. Planiol, Ripert, Savatier, t. I, p. 407.

Cela ne veut pas dire que le législateur entend se désintéresser du groupement familial : tout au contraire, nous avons eu l'occasion de montrer qu'il veut respecter et encourager cette cellule sociale, héritée du passé.

Les droits et les obligations de la vie de famille sont envisagés par le Droit civil comme des droits et des obligations liant les membres de cette communauté entre eux ; ce sont des droits individuels. Mais lors de leur mise en œuvre, les interprètes ont bien compris qu'il s'agissait en réalité de droits à exercer dans l'esprit de la constitution familiale, de droits qui s'intègrent dans la famille et qui lui sont affectés.

La famille a un chef : le père ; la mère exerce, elle aussi parfois, des droits analogues, car c'est autour du ménage que les deux parents ont fondé, que s'établit la famille.

Une prépondérance est cependant réservée au mari, au père ; il existe à son avantage, un pouvoir marital qu'il exerce sur son épouse, à côté de l'autorité paternelle qu'il possède sur ses enfants.

Les deux époux sont liés à la communauté familiale par un nombre d'obligations et ont sur celle-ci un nombre défini de droits. Comme nous venons de le dire, le Code civil voit là des rapports obligatoires entre personnes individuelles. Ainsi :

les droits des époux entre eux :

a) le droit que chaque époux a envers l'autre conjoint de faire maintenir l'union conjugale (sanction : le divorce prononcé contre l'époux coupable et aussi des dommages-intérêts) ;

b) le droit de l'époux à la fidélité de son conjoint (sanction : le divorce) ;

c) les droits des époux entre eux et envers leurs enfants, leurs ascendants et leurs collatéraux, aux aliments (sanction : l'action en réclamation d'aliments).

Droits et devoirs des parents envers leurs descendants :

- a) droit des enfants à l'éducation ;
- b) droit des enfants aux aliments ;
- c) droit des parents au respect.

Nous avons déjà parlé des droits et des obligations entre époux ; il nous reste à étudier en cette place les droits des enfants vis-à-vis de leurs parents et réciproquement. Toutes ces prérogatives juridiques sont contenues dans deux grands chapitres : celui de la puissance paternelle et celui de l'obligation alimentaire.

La puissance paternelle.

La puissance paternelle, en pays de Droit écrit, était établie suivant l'héritage romain : le pouvoir du père était, en fait, illimité ; le droit partant de ce fait avait légitimé et consacré cette puissance ¹.

En pays de Droit coutumier, on considérait la puissance paternelle comme principalement fondée sur l'intérêt de ceux qui s'y trouvaient soumis. Elle n'y avait été admise qu'en tant que conséquence du fait que « la nature impose aux parents d'élever leurs enfants. Aussi était-elle confinée non seulement au père, mais encore à la mère... » ²

Le Droit révolutionnaire enlève au père presque toute l'autorité qu'il avait sur ses enfants, « on s'imaginait qu'il devait être ainsi sous l'empire d'une constitution démocratique » ³.

La puissance paternelle d'après le Code civil et les lois ultérieures.

Le chef de la famille, le père, dispose d'un ensemble de prérogatives, juridiquement reconnues, qui con-

1. Aubry, Rau, Bartin, t. IX, § 548.

2. Aubry, Rau, Bartin, *idem*.

3. Aubry, Rau, Bartin, *idem*.

sacrent son autorité sur ses enfants ; elles lui permettent d'accomplir ses devoirs envers eux¹.

Ces prérogatives peuvent être divisées en deux catégories :

- a) Celles qui portent sur la personne des enfants ;
- b) Celles qui portent sur leur patrimoine.

Le père et la mère sont ensemble titulaires des droits que contient la puissance paternelle ; mais en principe le père est seul à les exercer. Il en est ainsi parce que les deux parents élèvent ensemble leurs enfants : la communauté familiale est un ensemble organique.

Il en est autrement lorsque la famille se trouve touchée par une crise grave : la mort de l'un des parents ; dans ces conditions l'enfant n'est plus suffisamment protégé par le parent survivant et le législateur lui

1. Le décret-loi du 30 octobre 1935 a donné au contrôle judiciaire de la puissance paternelle une nouvelle confirmation (Josserand, supplément au *Cours de droit civil*, p. 26).

Ce décret-loi a modifié le régime de la déchéance de la puissance paternelle. En cas de déchéance obligatoire, le père déchu ne perd pas :

1^o La création à la succession de son enfant (Josserand, *idem.*) ;

2^o Le droit à l'honneur et au respect de son enfant (Josserand, *id.*).

Mais il perd, au contraire, sauf décision contraire du tribunal, le droit qui dérive de l'obligation alimentaire de l'enfant (Josserand, p. 27).

L'obligation alimentaire subsiste, par contre, en cas de déchéance partielle (Josserand, *idem.*).

Les décrets du 30 octobre 1935 ont encore modifié :

L'article 2 de la loi du 24 juillet 1889. Le Président du Tribunal civil peut prendre, à la demande du Ministère Public, les mesures de surveillance et d'assistance éducative en faveur de l'enfant « dont la sécurité, la moralité et l'éducation » seraient compromises (Josserand, p. 28).

Les dits décrets-lois ont abrogé le § 2 de l'article 270 du Code pénal ainsi que les § 2, 3 et 4 de l'article 271 du Code pénal. Ces textes se rapportaient au délit de vagabondage émis par un mineur de dix-huit ans. Les décrets-lois de 1935 ont institué de nouvelles mesures de protection, en faveur de l'enfant, sous la surveillance du Président du Tribunal civil.

Le droit de correction a reçu des modifications importantes : les parents n'ont plus le droit de faire incarcérer l'enfant, mais seulement le droit de le placer dans un établissement approprié ou chez des personnes qualifiées pour amender son caractère (v. les modifications de l'article 376 du Code civil et Josserand, *idem.*, p. 22 et suiv.).

apporte une protection supplémentaire : la tutelle.

L'obligation des parents d'élever leurs enfants semble tellement naturelle, qu'on conçoit difficilement des modifications quelconques au statut légal ; nous verrons par la suite comment le Droit positif et la jurisprudence ont tranché la question.

Examinons les prérogatives de la puissance paternelle, quant à la personne de l'enfant.

Ces prérogatives forment un faisceau qui comprend : le droit de garde, le droit de direction et le droit de correction ; ce sont autant de moyens d'agir sur le caractère des enfants, autant de freins à leurs mauvais penchants et autant d'obstacles aux influences dangereuses.

L'exercice de ces droits peut cependant dégénérer en abus : c'est pourquoi le législateur a accumulé ici des garanties en faveur des enfants.

Le désir du législateur est d'assurer le développement de la personnalité humaine ; ce développement doit être libre en principe et on considère que la famille est la mieux indiquée pour le lui assurer. Il faut cependant que ce développement se produise, plus ou moins, selon les lignes traditionnelles. Telles sont les idées-forces qui ont guidé les rédacteurs du Code civil.

I. *Droit de garde et de direction.* — Ce droit comprend la possibilité des parents de contrôler les relations et la correspondance de l'enfant, de fixer sa résidence et l'obliger à habiter son domicile, qui est celui de ses parents. Ce droit est rendu efficace par une action en justice, par l'emploi que le père peut faire de la force publique, et par le droit de correction (art. 375 et suiv. du C. civ.). Il y a même plus : si l'enfant a quitté son domicile et réside chez une tierce personne, si cette personne s'oppose à livrer l'enfant elle s'expose à des dommages-intérêts ¹.

1. Si l'enfant se trouve chez une tierce personne qui refuse de le

II. *Droit de correction* (art. 375 du C. civ.). — Le droit de correction n'est pas l'ensemble de moyens que les parents emploient pour châtier leurs enfants ¹, mais le droit de les faire incarcérer ².

Ce droit s'exerce par la force publique, mise en marche par un ordre du Président du Tribunal civil, à la requête du père.

Le droit de correction peut s'exercer soit par voie d'autorité (art. 376, 380, 382 C. civ.), soit par voie de réquisition. Le père agit par voie de réquisition lorsqu'il est obligé par la loi de fournir au Président du Tribunal civil les raisons de sa requête.

Il n'a pas à fournir ces raisons, lorsqu'il agit par voie d'autorité.

L'autorité judiciaire exerce dans le premier cas un contrôle plus efficace, motivé par les circonstances de la demande.

En fait, les Tribunaux exigent presque toujours un exposé des motifs de la demande d'incarcération et la différence signalée se trouve ainsi sensiblement estompée³. Cela nous montre que le droit du père est considérablement coloré d'une affectation : le contrôle de l'autorité judiciaire assure son exercice selon cette affectation ; la puissance paternelle est établie dans l'intérêt de l'enfant.

Réciproquement, les enfants ont-ils des moyens juridiques pour faire respecter les droits qu'ils ont à l'encontre de leur famille ?

remettre chez ces parents, ceux-ci ont, pour le réclamer, une action analogue à la revendication qui est susceptible d'être exercée par voie de référé. (Aubry, Rau, Martin, vol. IX, § 50, p. 112).

1. Capitiant, I, p. 460.

2. V. les modifications de cette partie par les décrets-lois du 30 octobre 1935 (Josserand, supplément au *Cours de droit privé positif français*).

3. Capitiant, I, p. 461.

Les auteurs discutent et savent refuser, en principe, une action directe de l'enfant contre ses parents.

Mais le Droit civil et d'autres lois spéciales ont bien entendu protéger l'enfant, soit contre un exercice abusif de la puissance paternelle, soit contre une défaillance de la famille qui n'est pas en état de faire face à ses obligations.

Le Code civil n'a pas organisé d'une manière générale cette protection de l'enfance : la jurisprudence a suppléé à cette lacune et elle a admis de véritables déchéances de la puissance paternelle ¹.

Les Tribunaux, puissamment soutenus par certains auteurs, ont décidé qu'ils pouvaient être saisis, soit par la mère soit par les ascendants de l'enfant et qu'ils pouvaient enlever le droit de garde d'un père qui s'en montrait indigne.

Des lois spéciales ont complété le système de la jurisprudence en permettant la déchéance de la puissance paternelle et en autorisant un changement de puissance paternelle en faveur d'une personne mieux indiquée que celle qui l'exerçait ².

1. V. la continuation législative de cette jurisprudence par les décrets-lois du 30 octobre 1935, et Josserand, supplément au *Cours de droit civil*.

2. Article 66 du Code pénal, combiné avec la loi du 12 avril 1906 ; un enfant infracteur qui n'a pas atteint la majorité pénale (seize ans) peut être acquitté s'il agit sans discernement. Le Tribunal peut cependant l'envoyer, pour amender son éducation, dans un établissement de correction. Le père se trouve ainsi privé du droit de garde.

Si les parents ont commis une infraction, ils se rendent par là indignes de diriger l'éducation de leurs enfants. Si la peine qu'ils ont encourue a un caractère infamant (art. 7 et 29 du C. pénal) elle entraîne l'interdiction légale. Dans ce cas, la puissance paternelle du père ou de la mère ainsi condamnés se trouve suspendue pour la durée de la peine. Cette suspension porte sur tous les attributs de la puissance paternelle.

La loi du 7 décembre 1874 permet aux Tribunaux de prononcer la déchéance de la puissance paternelle contre les parents qui livrent leurs enfants à des personnes exerçant certaines professions mal considérées (voir les articles 2 et 3 de la loi et aussi Capitant, 1 vol, p. 449-450).

Une réglementation encore plus complète de la puissance paternelle est établie par la loi du 24 juillet 1889 et par la loi du 15 no-

§ 7. — CHANGEMENT CONVENTIONNEL
A LA PUISSANCE PATERNELLE

La puissance paternelle peut-elle faire l'objet d'une convention ?

Peut-on se décharger des droits et des devoirs que la loi impose envers sa propre descendance ?

La réponse à cette question n'est pas unique. Le caractère naturel des obligations qui découlent de la filiation semble s'opposer à tout changement conventionnel.

On pourrait croire cependant qu'aujourd'hui une nouvelle interprétation semble prévaloir : il se dégage de l'examen de ces droits et obligations la constatation qu'ils ne sont que des pouvoirs accordés en vue d'une certaine affectation : dans l'intérêt de l'enfant. Toutes les lois postérieures au Code civil semblent s'inspirer de cette idée générale d'affectation. Si, par conséquent, une convention arrive à modifier ou à déplacer, au bénéfice d'une autre personne la puissance paternelle et si, par cette opération, l'enfant se trouve dans une situation meilleure, de telles conventions sembleraient devoir être validées.

La loi organise d'ailleurs elle-même certains déplace-

vembre 1921. Les Tribunaux peuvent désormais contrôler l'exercice de la puissance paternelle, non seulement dans le cas où les parents se sont rendus, par leur conduite, indignes de l'exercer mais aussi lorsque, pour des circonstances diverses, ils sont dans l'impossibilité de l'exercer d'une manière efficace.

Enfin, il faut citer la loi du 19 avril 1898 qui réprime les infractions contre les mineurs, en mentionnant les larges pouvoirs que cette loi accorde au juge d'instruction pour statuer sur la puissance paternelle (voir aussi les lois du 11 avril 1908, sur la prostitution des mineurs et la loi du 28 juin 1904 sur la protection des pupilles de l'Assistance Publique).

Ces mesures de protection en faveur de l'enfant sont toutes établies, mises en œuvre et contrôlées par les Tribunaux. Toutes assurent l'exercice de la puissance paternelle conformément à l'intérêt de l'enfant et à l'esprit de la famille traditionnelle.

Les décrets-lois du 30 octobre 1935 ont encore modifié et complété ces dispositions.

ments de la puissance paternelle ; elle les reconnaît comme licites et en règle les modalités.

L'adoption est l'exemple le plus frappant.

En matière de divorce, en suite, le Code civil autorise les Tribunaux à confier la garde de l'enfant à celui des parents qui lui semble le plus indiqué pour l'exercer. Si la loi précise parfois (art. 302 et 303 du C. civ.) que l'époux qui a obtenu le divorce aura la garde de ses enfants, il n'y a là qu'une simple indication : les Tribunaux restent toujours maîtres de leur décision qui doit être guidée uniquement par l'intérêt des enfants.

Des conventions peuvent intervenir à cette occasion entre les parents et ne semblent pas être illicites du moment qu'elles s'inspirent de l'intérêt de leurs descendants¹. Elles ne seraient sûrement pas permises si elles dénotaient, au contraire, un manque d'intérêt, un désir de profit, en un mot si elles servaient à détourner l'esprit du Droit appelé puissance paternelle.

Du point de vue pratique il semble que le problème pourrait être réduit à ses proportions techniques ; on pourrait faire appel à la notion de présomption légale : la loi présume sûrement que la personne de l'enfant est le mieux protégé par sa famille et aussi que ses parents ne peuvent se désintéresser de son sort que s'ils obéissent à des mobiles répréhensibles.

Toutes les tentatives d'aliénation de la puissance paternelle paraissent dès lors aux yeux du juge comme une action illicite.

Cette présomption n'est pas absolue dans l'état actuel de la législation ; il sera toujours loisible aux parents qui ont transféré la totalité ou une partie de la puissance paternelle au moyen d'une convention de démontrer que cet acte n'a été inspiré que par l'intérêt de l'enfant ; l'opération nous paraît alors parfaitement licite.

1. Planiol, Ripert, Savatier, t. I, p. 395. Ces conventions sont révocables « ad nutem ».

La jurisprudence ¹ n'a pas pris nettement position à cet égard ; lorsque les conventions qui déplacent la totalité ou certains attributs de la puissance paternelle ont une cause licite (si l'acte s'inspire de l'intérêt de l'enfant), elle donne à l'opération une validité temporaire : elle se contente de dire que l'opération est seulement révocable. Dans d'autres circonstances elle lui accorde une simple valeur morale ².

La doctrine, elle aussi, n'a pas pris position ³. Certains auteurs semblent regretter, pour des cas d'ailleurs assez particuliers, les rigueurs de la jurisprudence ⁴.

Nous croyons, quant à nous, que les conventions qui ont pour objet la totalité ou un nombre défini des attributs de la puissance paternelle devraient être permises du moment qu'elles s'inspirent de l'intérêt des enfants, et de l'esprit de la famille traditionnelle.

Toute la question se trouverait alors limitée à une application de la théorie de la cause, celle-ci permettant au juge de censurer l'esprit de tout acte juridique ⁵.

1. Voir Dalloz, répertoire de législation. V. Puissance paternelle.

2. Mais les conventions passées entre le père et la mère en instance de divorce et qui sont toujours révocables ont néanmoins une valeur provisoire : le Tribunal civil sera l'arbitre de la situation. Il tranchera ce désaccord et peut le trancher selon la stipulation elle-même qu'il respectera si cela est dans l'intérêt de l'enfant. La convention se trouve ainsi indirectement validée (Planiol, Ripert, Savatier, I, n° 340).

3. « Si par conséquent de telles stipulations sont à l'avantage des enfants ou de la famille elles devraient être permises » (Planiol, Ripert, Savatier, 1^{er} volume, n° 340, p. 394. Voir aussi Desserteaux : De la protection des enfants légitimes... *Rev. Trim.*, 1912.

4. La jurisprudence est particulièrement sévère pour les clauses qui limitent ou modifient la puissance paternelle et qui sont insérées dans une donation ou dans un testament ; elles sont réputées illicites et doivent être considérées comme non écrites (Planiol, Ripert, Savatier, I, *id.*).

On traite assez sévèrement, car on les considère comme une atteinte à la puissance paternelle, les clauses d'un contrat de mariage qui imposent aux parents d'élever leurs enfants selon une religion déterminée (Planiol, Ripert, Savatier, *id.*).

5. V. aussi Julliot de la Morandière. *Cours de droit civil pour le doctorat*, 131-32, p. 84.

CHAPITRE V

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC EN MATIÈRE DE FAMILLE ET DE FILIATION

De la description que nous avons donné de l'organisation juridique de la famille, nous avons voulu faire ressortir avant tout l'existence d'une volonté sociale, toute mise au service d'un plan et exercée par les pouvoirs publics.

Par là même, la situation de fait qui se trouve être conforme à ce plan légal jouit d'un statut de faveur. Tel est le cas de la famille légitime, de la filiation légitime (le simple qualificatif de « légitime » nous fait déjà soupçonner une certaine situation privilégiée). Les auteurs reconnaissent en général ce fait et tous les manuels donnent une liste des mesures favorables à la famille légitime, des dispositions en faveur du mariage ou du contrat de mariage.

Le statut juridique de la famille s'analyse en général sous le double aspect :

- a) des droits de famille (parenté, alliance, filiation, droit de garde, puissance paternelle, puissance maritale);
- b) des droits patrimoniaux (qu'on fait découler des premiers, successions, aliments, etc...).

La famille légitime (correspondant au type légal) est favorisée dans les deux catégories de droits.

On peut donc poser comme principes, si on veut caractériser le Code civil sur sa réglementation de la famille :

A) Il s'emploie à organiser un statut de faveur pour la forme légitime. Ce n'est que dans la famille légitime que

l'enfant est juridiquement rattaché à tous ses parents de sang (ascendants, collatéraux, etc...).

B) Les Droits patrimoniaux qui en découlent sont plus complets.

C) La situation d'enfant légitime, en elle-même, forme l'objet d'une protection légale particulièrement efficace (système de présomption qui remplace les preuves du Droit commun, limitation des actions qui permettent la discussion de la situation d'enfant légitime, etc...).

D) L'organisation du mariage, contrat sur lequel repose toute la famille (qui ne peut être anéanti que suivant une procédure particulière), en tant qu'union durable est exorbitante du droit commun.

Le Code civil s'emploie à organiser, par contre, un statut de rigueur pour l'union libre, l'adultère et l'inceste, ainsi que pour les enfants nés de ces unions.

1^o Le législateur protège la famille légitime contre la reconnaissance des enfants naturels.

2^o La preuve de la qualité d'enfant naturel, adultérin ou incestueux est rendue difficile, parfois même impossible. Comme le législateur affirme que le Droit subjectif découle ici du fait de la naissance, si la preuve de ce fait est interdite, le Droit subjectif qui en découle est ravi ou diminué d'autant.

3^o Même la filiation établie, l'enfant naturel n'a pas droit à d'aussi nombreux avantages que l'enfant légitime.

L'infériorité des enfants naturels ne pouvait durer sans s'exposer à des attaques venant de toutes parts.

Déjà le déséquilibre des deux statuts, celui de l'enfant légitime et celui de l'enfant naturel, n'est demeuré sur pied que par une puissante justification traditionnelle et par le caractère délictuel qui se rattachait à toutes ces relations coupables (union libre, adultérine et incestueuse).

Notre civilisation, surtout depuis la Révolution, a

tellement besoin d'égalité, que tout déséquilibre non appuyé d'une puissante justification est menacée de disparition ; les cas d'union libre deviennent de plus en plus nombreux : ceux qui luttent pour l'égalisation des deux statuts sont de plus en plus nombreux.

L'aptitude juridique complète de l'enfant légitime ne tarde pas à devenir enviable, Les demandes qu'on forme, au nom de l'enfance naturelle, maintenant qualifiée de malheureuse, en vue d'une égalisation croissante des statuts juridiques, se font de plus en plus pressantes.

Du point de vue sociologique, une prétention a un avantage quelconque dûment justifiée, devient droit et ne peut à la longue, manquer de le devenir ; on commence donc par exiger des pouvoirs politiques des droits de plus en plus nombreux pour les enfants naturels ; mais on les demande aussi au juge en les justifiant cette fois-ci sinon par des textes précis, du moins par l'esprit de la loi.

La famille naturelle, l'union libre, était devenue la forme assez répandue de la vie de famille des classes prolétariennes ; les revendications au nom de la famille naturelle empruntaient, par là, un certain caractère démocratique.

On a souvent fait passer les revendications de la famille naturelle comme des revendications démocratiques.

On ne demandait d'ailleurs pas seulement les avantages d'ordre patrimonial qui découlent, d'après le Code civil, de la filiation ; on exigeait aussi l'ensemble des droits qu'on qualifie de droit de famille.

Ces constatations nous semblent d'autant plus justifiées, qu'on connaît les luttes incessantes données au nom de la démocratie autour du Droit de succession. Démocratiser le Droit successoral, ce n'était pas seulement frapper les successions d'impôts de plus en plus lourds, mais aussi élargir la vocation successorale de la famille naturelle.

Tout cela démontre :

1^o Du point de vue du Droit subjectif une lutte constante pour l'obtention de ce Droit.

Les adversaires, ceux aux dépens desquels cette lutte se livre, se défendent eux aussi ; la situation sera tranchée en faveur de celui qui aura mieux justifié sa prétention en la rattachant à une idée politiquement acceptée.

2^o Du point de vue du Droit objectif, la lutte pour le Droit se traduit par un déplacement de valeurs juridiques subjectives ; mais le Droit objectif exercera toujours sa fonction qui est celle d'organiser socialement par la force un Droit subjectif momentanément reconnu.

Comment se livre cette lutte pour le Droit, ou plutôt quelle est sa tactique ; est-elle différente selon qu'elle se livre au Palais ou au Parlement ?

Au Palais, on rattache presque toujours la revendication d'un droit à un principe existant en législation. Le renversement ou le déplacement des valeurs juridiques subjectives est rendu possible parce qu'ils sont exigés au nom de la loi ; la technique juridique est riche en arguments d'exégèse.

Mais ce n'est pas tout : au Palais même on combat ouvertement la loi, et parfois en la taxant de surannée, on en demande sinon la suppression, du moins son interprétation selon l'esprit du jour.

Nous venons de citer l'article de M. Ambroise Collin, ouvertement contraire à l'esprit du Code civil. Cet exemple n'est pas le seul, n'est-ce pas ce qui s'est passé aussi en matière de responsabilité, de stipulation pour autrui et aussi de filiation naturelle, avant la loi de 1912 ?

Au Parlement la lutte pour le Droit est plus libre, plus démunie d'entraves ; elle se déroule cependant, encore, dans un climat politique accepté. Il serait difficile d'introduire le mariage religieux dans un état laïc ;

il serait difficile de le supprimer dans un état clérical.

Il serait difficile de changer le régime du divorce sans avoir changé préalablement le climat politique ; il serait difficile de changer les règles de la filiation tant que restent sur pied les idées actuelles et tant que demeurent en vigueur nos conceptions sur la famille.

En matière de réglementation de la famille (mariage, divorce, filiation) la loi s'est souvent imposée par elle-même et a fait prévaloir, par la seule force de son inertie, sa volonté et son esprit.

Mais la doctrine et la jurisprudence ont souvent créé, par voie d'analyse, des notions techniques, intermédiaires entre le droit et la sociologie. Telle la cause, l'objet, le consentement, l'institution. Une situation de fait sera juridiquement analysée par rapport à ces notions et rapportée à elle pour sa validité.

L'ordre public est une notion qui tient encore plus de la sociologie que celles que nous venons d'énumérer, en ce sens qu'elle se prête le moins de toutes à une liste de ses éléments caractéristiques. On connaît les conditions de l'objet, les vices du consentement, les caractères de la cause juridiquement valable. L'ordre public en échange est variable de même qu'est variable la politique de toute unité sociale.

Dans tout cela, quel est le rôle de la notion d'ordre public, et, surtout, joue-t-elle toujours un rôle ?

Il faut remarquer que les juristes ne l'invoquent pas toujours pour justifier une solution, même dans le cas où ils consacrent un impératif de la loi. Très souvent ils se rapportent à cet impératif et à l'esprit des lois qui ordonnent ou défendent quelque chose. La puissance de la loi suffit largement comme justification.

Ce n'est que lorsqu'on recherche le sens de la notion d'ordre public qu'on s'aperçoit que la volonté légale elle-même s'expliquerait mieux, peut-être, au moyen

de la notion d'ordre public. Ainsi, par exemple, M. Marmion qui, partant d'une étude sur l'ordre public, arrive à faire la théorie générale de la loi et à affirmer que la loi est toujours d'ordre public, qu'il serait difficile de distinguer par exemple entre les lois d'ordre public et les lois simplement protectrices d'intérêts privés.

Il reste cependant à la notion d'ordre public un caractère essentiel : elle est mentionnée par le Code civil et semble par là destinée à servir de justification aux solutions de la jurisprudence, lorsque celle-ci frappe certains actes privés.

En somme, la notion d'ordre public n'a qu'un seul rôle essentiel : celui de légitimation.

Ainsi elle justifie en matière de droit de famille :

1^o la situation juridique prépondérante de la famille légitime ;

2^o la conséquence de la première attitude : la défaveur qui frappe l'union libre ;

3^o puisque le Droit ne se réalise que par la lutte, elle justifie aussi cette lutte envisagée en elle-même et aussi par rapport aux idées qu'elle veut faire triompher ;

4^o enfin lorsque s'est opéré un changement, un renversement de Droits subjectifs, comme cela s'est produit en faveur de l'union libre et des enfants naturels, l'idée d'ordre public justifie ce renversement, ce déplacement de Droit subjectif.

La notion d'ordre public a donc servi tour à tour en matière de réglementation de la famille à l'appui de la famille légitime, à l'appui de toutes les revendications faites au nom de l'enfance malheureuse et de l'union libre.

Si cela est parfois un progrès ; on peut trouver pour l'ordre public une double attitude :

a) Une attitude conservatrice, l'ordre public a servi ici à expliquer : le formalisme du mariage et du divorce,

le caractère consensuel du mariage, la limitation des preuves de la filiation naturelle, le système des présomptions pour la filiation légitime, la limitation des voies de Droit permettant de discuter l'état des personnes, etc.;

b) Une attitude progressiste. Les mêmes causes que celles que nous venons d'énoncer ainsi que le large pouvoir du juge toujours appuyé sur l'ordre public et légitimées par cette notion ont permis l'établissement et la généralisation des formes nouvelles, qui rompaient complètement avec la tradition. C'est donc par l'ordre public qu'on a réalisé tous les changements en matière de Droit de famille; si c'est là un progrès nous venons d'énoncer la deuxième attitude de la notion d'ordre public.

TITRE II

LES DROITS SUBJECTIFS ET LES OBLIGATIONS

Après avoir passé en revue la liste des sujets de Droit nous étudierons maintenant, par rapport à l'idée d'ordre public, les Droits dont ces sujets peuvent bénéficier ¹. Nous avons intitulé cette partie *Etude des Droits et des obligations*, car, du point de vue sociologique, il existe évidemment une obligation correspondant à tout Droit.

1. Le droit peut être conçu comme une science des droits (Micesco, *Cours de droit civil* à la Faculté de Bucarest, 1928-1929).

CHAPITRE PREMIER

DROIT SUBJECTIF ; DROIT OBJECTIF ; PATRIMOINE JURIDIQUE

Le Droit subjectif semble être la possibilité, socialement garantie, d'agir en vue de la satisfaction d'un certain intérêt, de quelque ordre qu'il soit.

Le Droit objectif est, au contraire, la règle de Droit¹ ; ce serait en quelque sorte le reflet du Droit subjectif aperçu cette fois-ci de l'extérieur, du côté social. Ce qu'il y a de profondément vrai dans la théorie du Droit objectif c'est la constatation qu'on ne peut jamais prétendre réaliser un intérêt quelconque (un Droit subjectif) qui ne serait pas socialement reconnu comme légitime.

Les Droits subjectifs, envisagés comme aptitude socialement reconnue d'agir en vue de la satisfaction d'un intérêt, sont, en Droit civil, divisés en deux grands groupes :

- a) Les Droits patrimoniaux ;
- b) Les Droits extrapatrimoniaux.

On pourrait, peut-être, établir aussi une liste, non pas des éléments du patrimoine, ainsi que l'a fait la théorie générale du patrimoine, mais, par une théorie du patrimoine juridique, la liste des prérogatives juridiques (des Droits subjectifs) accordés aux sujets de Droit. Nous nous proposons d'établir cette liste et de rechercher

1. Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, t. I.

quel est le rapport entre cette définition des Droits subjectifs et la notion d'ordre public.

En principe, l'homme n'entend demander au Droit que la protection des situations avantageuses ou de celles qu'il se représente comme telles. Il se peut cependant, que, par la suite de circonstances diverses, la représentation de l'intérêt humain se trouve influencé, déformé ou faussé ; d'ailleurs n'est-ce pas là plutôt une question de parti pris, parfois de pis aller ? Entre deux situations qui s'offrent à son choix, y a-t-il vraiment une qui soit tellement plus avantageuse par rapport à une autre ?

En tout cas il faut observer que l'influence du groupe social contribue pour une large part aux décisions que nous prenons. Nous choisissons notre intérêt le plus souvent sur une liste qui nous est présentée toute faite.

Si les circonstances temporaires peuvent parfois changer à travers les étapes historiques, certaines permanences demeurent cependant. Il existe des institutions : la famille, la propriété, qui ont opposé au temps une résistance remarquable et c'est dans le monde de ces institutions qu'il faut nous mouvoir ; ce sont les droits qui nous sont offerts ; mais nous essayerons, par tous les moyens, de les élargir, de les adapter à nos aspirations. Ce sera la lutte pour le Droit.

Commençons notre étude du Droit subjectif d'après la double classification des Droits patrimoniaux et des Droits extrapatrimoniaux.

« L'ensemble des droits et des charges d'une personne appréciables en argent envisagé comme formant une universalité de droits ¹ », c'est ce que la théorie classique a appelé patrimoine.

Si une théorie générale du patrimoine est absolument nécessaire pour comprendre certaines constructions juridiques comme le gage général des créanciers (art. 2092

1. Planiol, Ripert, Maurice Picard, t. III, n° 15. V. aussi pour la théorie classique du patrimoine, Aubry et Rau, t. IX.

C. civ.) ou la continuation de la personne du défunt par ses héritiers, une théorie générale du patrimoine juridique est, comme nous venons de le dire, indispensable à l'étude de l'ordre public.

C'est à cela que correspond l'étude des sujets de Droits, avec leur droits respectifs. L'actif du patrimoine est formé par les valeurs économiques, par des créances et par des biens.

On constate au premier abord qu'il existe, en Droit civil, une définition et une délimitation des voies d'accès de l'homme aux biens (contrat, succession, obligations légales, faits fautifs qui engendrent des dommages intérêts. etc...) Le Code civil traite d'une partie de cette matière dans son livre III intitulé « Des différentes manières dont on acquière la propriété ».

Le Code civil énumère ici les successions (Titre I), les donations et les testaments (T. II), les conventions et les obligations (T. III).

Les Droits qui nous permettent de tirer des biens une satisfaction d'ordre économique ne sont pas limités à la propriété ; il existe un grand nombre de modalités juridiquement reconnues qui nous permettent, elles aussi d'accéder à une certaine l'utilité économique des biens, tels sont l'usufruit, le droit d'habitation, le droit aux fruits, le droit du locataire sur la chose louée, etc...

Après avoir constaté que le Droit civil définit les voies d'accès au bien, nous pourrions nous apercevoir également qu'il règle aussi les modalités de jouissance de ces biens. Ainsi le propriétaire, l'usufruitier et le locataire retirent du bien une utilité économique différente selon le droit qu'ils exercent.

Il existe même, semble-t-il, à l'intérieur d'un même statut juridique, telle la propriété, une réglementation de l'usage que le propriétaire peut faire de sa chose. Cette réglementation semble tenir à la nature des biens et elle est généralement étudiée comme telle. On distingue en

Droit civil classique les meubles, les immeubles, la propriété bâtie, les immeubles ruraux, la propriété sur les cours d'eaux, etc... Il y a là autant de règles différentes qui semblent tenir de la nature de ces biens.

Nous croyons pouvoir avancer certaines conclusions : la réglementation que nous venons de décrire tient à une double cause : la nature du bien, mais aussi le régime social de ce bien, de la structure du milieu social respectif. Ainsi, dans une société industrielle, il y aura une tendance générale de réserver aux mines un statut différent de celui des propriétés agricoles. Il y aura bien une propriété des mines, mais ce sera une propriété spécialement aménagée en vue de l'intérêt social. De même une usine qui travaille pour la défense nationale ; elle procurera sûrement à son propriétaire un avantage d'ordre économique, mais les modalités juridiques de cet avantage seront sûrement différentes de celles que procurent une maison d'habitation. Avec cette constatation initiale, commençons l'étude des biens et des droits aux biens par rapport à l'idée d'ordre public.

En principe, toute valeur économique peut profiter à l'homme et tout homme a une vocation générale à n'importe quelle valeur économique.

Ainsi le veut notre régime libéral, qui présuppose, avant tout, que l'homme et la société sont capables, par le seul fait de cette liberté, de déterminer spontanément la satisfaction optima des nécessités humaines.

Malgré le régime libéral et malgré cette prémise, le Droit civil n'a jamais ignoré l'existence de certains intérêts abnormes, qui devaient être réprimés.

Ceci nous conduit encore à la lutte pour le Droit.

On a distingué cependant une certaine affectation sociale des biens à une certaine destination. Le Droit civil l'a toujours consacrée.

CHAPITRE II

LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

Le Droit de propriété confirme exactement, par son organisation actuelle, l'affirmation que nous venons de faire, à savoir que tout bien est en principe susceptible de propriété privée, de même que tout homme peut être propriétaire.

Nous croyons pouvoir démontrer cependant que la liste des biens qui représentent sûrement une valeur économique n'est pas la même que celle des biens qui peuvent être l'objet de la propriété privée. En un mot, il s'agit de montrer que la société règle, au moyen de droit, l'utilisation économique des biens ¹.

§ 1. — BIENS NON SUSCEPTIBLES DE PROPRIÉTÉ PRIVÉE.

Le Droit romain avait déjà décidé que certains biens ne pouvaient former l'objet de la propriété privée. L'empêchement semblait tenir de la nature de ces biens. Tels étaient les « *res omnium communes* » l'air, la haute mer, de nos jours « l'eau courante comme telle c'est-à-dire en tant qu'on l'envisage dans son état de mobilité continue » ².

Ne sont pas susceptibles de propriété privée les choses

1. V. La thèse de M. Paul Coste-Floret, 1935.

2. Aubry, Rau, Bartin, t. II, § 168 et note 1 sur le droit du propriétaire de la surface ; sur l'espace aérien du dessus. V. loi du 31 mai 1924 sur la Navigation aérienne.

qui sont dans le domaine public¹ national départemental, communal ; « tant que dure la destination à laquelle elles sont affectées, les choses faisant partie du domaine public ne forment pas l'objet d'un véritable droit de propriété² ».

Enfin il faut ajouter ici la liste des biens situés hors commerce. On range dans cette catégorie encore les biens du domaine public³ et il fallait mentionner, avant, les biens de la dotation de la couronne⁴.

§ 2. — PERSONNES QUI NE PEUVENT
PAS ÊTRE PROPRIÉTAIRES.

De même qu'il existe toute une série de biens insusceptibles de former l'objet d'une propriété privée, plusieurs catégories de personnes sont dépourvues de la capacité de jouir de ce droit.

L'interdit légal perd le droit de devenir propriétaire, par une condamnation pénale⁵ ; à part cette catégorie de personnes, tous les autres hommes peuvent juridiquement bénéficier de ce droit.

Certains états étrangers obéissant à des considérations d'ordre politique, interdisent aux ressortissants étrangers d'acquérir, en propriété, certains biens⁶ ; en France ces doctrines n'ont pas prévalu : c'est là encore une attitude d'ordre politique, car on croit en somme qu'on fait profiter le pays des capitaux qui peuvent venir d'au delà des frontières.

1. Aubry, Rau, Martin, § 169.

2. Aubry, Rau, Martin, *idem*.

3. Aubry, Rau, Martin, t. II, § 171.

4. Aubry, Rau, Martin, *idem*.

5. Aubry, Rau, Martin, *id.*

6. La constitution roumaine interdit aux étrangers l'acquisition d'immeubles ruraux.

§ 3. — DÉLIMITATION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

A part ces deux groupes de limitation que nous venons de montrer, les premières quant aux biens susceptibles de propriété privée, les secondes quant aux personnes auxquelles il est interdit d'être propriétaire, il existe encore d'autres délimitations et définitions du droit de propriété.

Certaines de ces définitions et délimitations portent en général le nom de « restrictions au droit de propriété », il y en a d'autres qui sont étudiées sous la dénomination de « restriction à la liberté conventionnelle ».

Nous allons les diviser en plusieurs groupes :

a) *Délimitation et définition de la propriété par rapport à l'intérêt public.*

Le propriétaire d'un terrain exerce en principe ce droit sur le terrain même, sur l'espace aérien du dessus ¹ et aussi sur les profondeurs du sol ² ; mais de nombreuses restrictions viennent limiter l'exercice de ce droit.

Elles sont établies « soit sur des raisons qui se rattachent à la conservation ou au développement de la richesse nationale, soit aux besoins de la marine et de l'armée, soit enfin, aux exigences du tiers ³ ».

Il y en a aussi d'autres, établies pour des raisons de sûreté et de salubrité ⁴, et enfin, la restriction la plus

1. Il existe une restriction de ce droit aux bénéfices de la navigation aérienne, elle est établie par la loi du 31 mai 1924 (Aubry, Rau, Bartin, t. II, § 192).

2. Un régime, tout de restrictions, est établi pour les mines par la loi du 21 avril 1810, voir Aubry, Rau, Bartin, t. II, *id.* §

3. Les lois suivantes sont inspirées par le désir de protéger le patrimoine national : lois du 21 avril 1906 (classement des sites pittoresques), lois du 20 avril 1910 (protection de ces mêmes sites contre l'affichage).

4. Des lois nombreuses s'occupent des problèmes d'urbanisme en général : alignement, hauteur et disposition des constructions, etc., loi du 14 octobre 1790, loi du 10-22 juillet 1791, loi du 16 septembre

importante, celle qui permet à l'administration de subsituer à un bien déterminé dans le patrimoine du propriétaire, sont équivalent en argent : l'expropriation pour cause d'utilité publique ¹.

b) *Définition et délimitation de la propriété par rapport aux intérêts du voisin.*

La propriété est une institution socialement intégrée et le Droit civil n'a jamais fait abstraction de ce fait ; le Code civil a fixé les obligations de voisinage et la jurisprudence s'efforce de limiter l'exercice des droits dans ce sens ².

Ainsi un propriétaire ne peut porter aucune atteinte matérielle ni au fonds voisin, ni aux constructions qui s'y trouvent ; cela lui est interdit soit qu'il s'agit de travaux, de plantation, soit même du fait de jeter « des corps solides, substances liquides ou aériformes » ³.

Il ne peut planter de telle manière que, par ses plantations le terrain voisin se trouve épuisé des substances productives ⁴.

On doit mentionner aussi les prescriptions, en faveur du voisin, pour ce qui concerne « l'égout des toits, les vues et les jours » ⁵.

1807 ; les décrets du 26 mars 1852, 27 juillet 1859, 13-22 août 1922 (pour Paris).

Sur le plan d'extention des villes, les lois du 14 mars 1919 et 19 juillet 1924.

Voir la liste complète de ces dispositions dans Aubry, Rau, Bartin, t. II, § 193.

1. L'expropriation pour cause d'utilité publique est réglée par la loi du 3 mai 1841 et aussi par les lois suivantes : 27 juin 1915, 6 novembre 1918, 17 juillet 1921 (Aubry, Rau, Bartin, t. II cité et note 22 suiv.).

2. Aubry, Rau, Bartin, t. II, § 194.

3. Aubry, Rau, Bartin, *idem*.

4. Aubry, Rau, Bartin, *id*.

5. La nature juridique des dispositions de ce genre est discutée : « Quoique placées au titre des servitudes et services fonciers, ces dispositions ne sont pas constitutives de véritables servitudes légales. Elles peuvent d'autant moins être considérées comme créant des charges sur un fonds au profit d'un autre fonds, que les restrictions qu'elles établissent sont réciproquement imposées aux propriétaires

Il est également défendu au propriétaire de laisser se répandre sur les maisons voisines la fumée ou autres odeurs malsains ou désagréables.

c) *Définition et délimitation de la propriété par la théorie de l'abus des droits.*

On avait commencé par présenter le droit de propriété comme un droit absolu. Cela ne voulait pas dire que le propriétaire pouvait faire de son bien l'usage qu'il lui plaisait ; on n'a jamais pu soutenir sérieusement que le propriétaire pouvait d'une manière générale aller jusqu'à utiliser sa chose d'une manière abusive.

A la théorie des droits isolés et des droits absolus, on a substitué déjà depuis longtemps la théorie des droits interdépendants et relatifs.

La théorie de l'abus des droits, due principalement à MM. Josserand, Saleilles, Hauriou, et Charmont ¹ est aujourd'hui adoptée par l'unanimité des juristes et la jurisprudence en fait l'application journalière.

Il semble même que le Droit romain s'inspirait de ces idées et que nombreuses solutions du Droit prétorien s'y rattachent. Selon M. Josserand ² « L'odieuse maxime : « *dura lex sed lex* », qui ne semble pas être vraiment romaine est en tout cas complètement fausse en tant qu'expression du romain de la bonne époque ; elle doit céder la place à son antagoniste « *summum jus summa injuria*. »

Comment faut-il comprendre alors l'existence et la persistance de cette conception de Droit absolu, en Droit civil moderne ?

M. Josserand croit que le Droit romain, les glossa-

voisins pour leur intérêt respectif et n'emportent aucune idée d'héritage dominant et d'héritage servant. Ces dispositions n'ont en réalité d'autres objets que de déterminer les limites dans lesquelles doit se restreindre l'exercice normal du droit de propriété... » (Aubry, Rau, *Bartin*, t. II, § 194, p. 281).

1. Josserand. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, p. 1, note 1.

2. *Id.*, p. 3.

teurs, les post-glossateurs y sont pour très peu ; la grande responsabilité de cette conception étroite des droits dits absolus incombe « à notre droit révolutionnaire et aux grandes codifications qui en furent l'aboutissement ¹ » ; « né des excès et des abus de l'ancien régime, ce droit, élaboré sous l'influence dominante des philosophes du XVIII^e siècle, est marqué au coin d'un individualisme désespéré ; son objectif constant est d'affranchir l'homme de toutes les entraves que l'ancienne France avait fait peser si lourdement sur lui ² ».

Cette explication idéologique est incontestablement très juste ; M. Josserand y ajoutera d'ailleurs une seconde, cette fois-ci d'ordre politique. On pourra ainsi comprendre l'existence, à un moment donné, d'un Droit imuable et le besoin qu'on éprouve de nos jours de lui subsituer une conception du droit relatif ; nous nous permettrons de la souligner.

La conception du Droit absolu n'est pas une réalité objective ; c'est une idée-force, une arme nécessaire dans la lutte pour le Droit. Ce fut aussi par la suite un principe politique, ainsi que le sont toutes les idées-forces qui ont marqué leur place dans l'histoire.

Le Droit absolu se réclamait de la nature ; il était plus fort que la loi, simple travail des hommes. La loi peut bien instaurer un ordre différent de l'ordre naturel : il n'y a, pour démolir cette création artificielle, qu'à ressusciter les vrais impératifs naturels. C'est pourquoi le Droit naturel n'est susceptible ni d'aliénation, ni de prescription ; il n'est pas relatif, mais au contraire, absolu.

Les privilèges de l'ancienne France, défendus par la loi, ne pouvaient être détruits que par la conception du Droit naturel et absolu. Le Droit absolu a servi la cause

1. Josserand. *De l'esprit des droits*, p. 5.

2. Josserand. *Id.*

pour laquelle il a été imaginé : défendus par la loi, ces privilèges ne pouvaient céder qu'à une force supérieure, à cette force naturelle.

L'idée une fois lancée a fait son chemin : elle a justifié les positions acquises et s'est opposée à ce changement de l'ordre juridique nouvellement instauré. Au nom de la propriété, Droit absolu, on a combattu l'expropriation, la fiscalité, l'étatisme, le socialisme, le communisme.

En fait, le droit de propriété, pour ne parler que de lui, n'a jamais été absolu. Les lois qui en énoncent les limites et l'habitude qui en fixait les bornes limitaient la fantaisie des hommes. Il faudra peut-être un jour distinguer le Droit tel qu'il s'est exercé depuis des temps immémoriaux, du changement, de l'innovation, de la création.

Celui qui est placé, par son fait ou par les conditions sociales, dans une situation différente de celle où il se trouvait au moment où son Droit subjectif a été défini par le Droit objectif, ne pourra jamais espérer se maintenir sur cette position sans autre secours que celui qui lui est fourni par la loi.

Nous avons déjà maintes fois au cours de ce travail remarqué l'importance du facteur juridique pour la mise en œuvre de toute activité politique : celle-ci a toujours besoin du Droit pour se réaliser socialement.

Ainsi il n'y a pas de société égalitaire car il ne peut y avoir entre les hommes une égalité absolue, mathématique. Cependant on a livré une lutte sociale au nom de l'égalité : on combattait ainsi pour une autre valeur pour la liberté.

L'égalité et la liberté étaient nécessaires à la société française au moment de la Révolution, à cause d'un changement intervenu dans les formes de la production ; elles étaient rendues inévitables à cause d'un certain état de mobilité des masses.

La Révolution de 1789 a brisé les cadres de l'ancienne

France¹ mais les privilèges anciens étaient défendus au nom de la loi ; la victoire gagnée par les armes n'était pas complète ; il fallait justifier les revendications du jour, c'est ce qu'on a essayé de faire par la théorie des droits naturels, droits de l'homme, droits naturels et imprescriptibles² ; ces notions représentaient une supériorité par rapport à la loi, et légitimaient les conquêtes de la Révolution.

Si, du point de vue sociologique, il n'y a jamais eu de Droit absolu, ce dernier caractère reconnu à certaines prérogatives individuelles a joué un rôle très important. Il se rattache, comme le constate M. Josserand, à la maxime « *dura lex sed lex* » et, par là, à l'impératif juridique, au commandement du texte.

Nous avons déjà observé qu'un texte de loi ne fait qu'appliquer à une certaine catégorie de faits un certain plan directeur d'ordre politique. Après une révolution il existe toujours un état d'euphorie des masses qui communient dans un même esprit politique et ensuite, par là à l'esprit de la loi.

L'absolutisme des droits coïncide avec cet état d'euphorie ; les Droits subjectifs s'exercent alors normalement « civiliter » c'est-à-dire selon l'esprit du moment.

Par la suite, si la Révolution a abouti et si elle dure dans l'Histoire, les idées qui l'ont dirigée forment un corps de traditions ; en vertu de l'inertie, les droits continuent à s'exercer sans abus.

Ceux-ci ne commencent à se produire qu'après une longue période de paix ; le Droit civil en a enregistré les premiers cas un siècle après la rédaction du Code civil ; c'est à ce moment qu'une théorie de l'abus des droits a été nécessaire. A ce moment la force de la tradition avait faibli, et toutes les transformations sociales et inventions

1. Josserand, *op. cit.*, p. 5.

2. Josserand. *Id.*

successives réclamaient impérieusement des solutions juridiques nouvelles.

Mais il y a plus : le caractère absolu du Droit a servi longtemps à légitimer les attitudes conservatrices : on prétendait opposer ce caractère non seulement aux juges, mais aussi au pouvoir législatif ; dans la lutte pour le Droit ce fut là une armée d'importance.

Nous avons examiné l'intégration du droit de propriété selon les classifications habituelles. Il faut ajouter des délimitations supplémentaires, qu'on trouve éparpillées dans l'ensemble du Code civil.

d) *Délimitation et définition du droit de propriété quant aux possibilités de le démembrer.*

Le propriétaire possède sur sa chose la vocation juridique la plus complète ; de cette vocation fait sûrement partie la possibilité de démembrer la propriété en usufruit, en usage, en servitudes ; ses possibilités sont cependant limitées.

Un propriétaire foncier peut établir sur son fonds des servitudes de toutes sortes, mais cela ne lui est permis que dans les conditions de l'article 686 du Code civil.

Il ne peut les établir qu'en tant que rapports de fonds à fonds, et non pas de personne à personne, ou même de fonds à personne ¹. Le propriétaire ne peut, par les servitudes qu'il a établi sur ses fonds, aller à l'encontre de l'ordre public (art. 686).

Les deux prohibitions de ce texte sont, de toute évidence, inspirées par des préoccupations d'ordre politique ; il n'est pas besoin d'insister sur les raisons qui ont conduit le législateur à prononcer l'interdiction des servitudes personnelles : c'est la crainte bien connue de voir revivre les anciennes institutions féodales et la peur qu'inspire la création d'une nouvelle aristocratie foncière ².

1. Planiol, Ripert, Maurice Picard, III, n° 940 et suiv. Chénou : *Les démembrements de la propriété foncière*.

2. *Id.*, n° 940.

L'article 686 a une portée assez réduite, quant aux principes du moins, à cause de la présence de l'article 698; celui-ci permet les servitudes personnelles, pourvu qu'elles soient établies accessoirement à une servitude réelle.

Il est vraiment difficile de distinguer entre une servitude qui profite à un bien et une servitude qui profite à une personne, étant donné que dans les deux cas l'utilité va toujours à l'homme.

L'ancien Droit ignorait cette distinction ¹ et il semble difficile de l'établir en Droit moderne : en dernière analyse, la charge, la servitude profite toujours à l'homme, au propriétaire.

Il y aurait une autre distinction à faire en matière de droits réels : il faudrait distinguer les servitudes d'une part, et les droits réels d'autre part. Les premières seraient soumises à un régime de liberté presque complète, en ce sens que le Code civil permet aux particuliers, aux propriétaires, d'en créer sur leur fonds autant que bon leur semble, pourvu que les droits réels, les servitudes ainsi créées ne soient établies contre l'ordre public et à la charge ou au profit d'une personne.

Les autres droits réels (usufruit, droit au fruit, droit d'usage, etc...) feraient partis d'une liste limitative.

Quoi qu'il en soit il est clair que la loi ² a défendu aux propriétaires de grever leur fonds de certains droits réels qui rappelleraient par trop certaines formes politiques abolies. Tel est le cas de l'emphytéose. Cette opération était, dans la période prérévolutionnaire, une opération qui tenait à la fois du droit réel et du droit de créance. Le bail (droit de créance) reste permis mais le bail doublé d'un droit réel est désormais interdit.

1. Chénon, *op. cit.*

2. V. la loi de 1902 sur le bail emphytéotique ; voir aussi Planiol, Ripert et M. Picard, t. III, n° 1001 et suiv.

Des raisons politiques ont encore imposé cette solution : la même crainte d'une féodalité renaissante a imposé aux législateurs le maintien d'une propriété simple, grevée le moins possible de droits réels.

Le propriétaire peut donc, d'après le Droit civil d'aujourd'hui, user directement de sa chose et en tirer toute l'utilité qu'elle peut lui fournir.

Mais, comme toujours, il exercera ce droit (et jamais la communauté sociale ne tolérera qu'il l'exerce autrement) non pas en bon père de famille, mais en bon citoyen.

Son droit est défini par la coutume et par les habitudes traditionnelles ; la loi consacre le plus souvent ces coutumes et ces habitudes.

Il se peut cependant que les textes de loi soient en quelque sorte inventeurs ; dans ce cas ou bien la loi et ses dispositions sont entrées dans les mœurs en ce sens qu'elles traduisent le comportement général des masses (on fait usage des biens selon les modes devenus traditionnels), ou bien la loi prétend créer et enseigner de nouvelles modalités d'utiliser les biens ; dans ce dernier cas elle ne peut se dispenser, sous la sanction d'un échec certain, d'un puissant appui de l'opinion publique, obtenu le plus souvent par un grand effort de propagande.

Ici l'ordre public limite la liberté de l'homme et le soumet à la volonté collective. Mais il n'y a là rien qui puisse nous étonner : la liberté de l'individu n'est garantie que si la masse croit à cette liberté en tant que principe politique.

Juridiquement les droits les plus absolus ne sont garantis que par une volonté sociale, par la volonté des masses ; l'individu essaierait en vain de lutter pour sauvegarder ses prérogatives juridiques individuelles, si ces revendications ne se présentent pas au nom de certaines idées, politiquement reconnues comme idées forces, si ces idées ne sont pas légitimées par rapport à la conscience collective.

§ 4. — LA POLITIQUE ET LA NOTION D'ORDRE PUBLIC
DANS LES DROITS PATRIMONIAUX.

Nous avons constaté que le Droit civil organise juridiquement les modes d'accès aux biens c'est à-dire qu'il entend préciser le genre d'utilité économique qu'une personne peut tirer d'une chose.

Mais, puisque nous ne nous occupons pas d'économie mais de droit, nous ne ferons pas abstraction de cette prémisses d'ordre économique mais nous lui ajouterons une autre d'ordre juridique : en Droit, tous les rapports obligatoires et par là toutes les prérogatives reconnues comme légitimes portent le nom traditionnel de droits subjectifs ou de droits tout court.

Nous serons amenés à voir par la suite comment le fait initial que l'homme ne demande d'une chose que l'utilité qu'elle fournit normalement s'est trouvé faussée et compliquée dans la civilisation d'aujourd'hui.

Le Droit civil reconnaît et a toujours reconnu qu'un propriétaire peut employer sa chose selon sa destination, pour ainsi dire naturelle : ainsi une personne propriétaire d'un pain peut en première ligne le consommer, mais elle peut aussi l'échanger contre un autre bien ou bien encore le vendre. Toutes ces facultés de l'homme sont aujourd'hui juridiquement contenues dans un seul droit : la propriété ; dans un seul mot.

Celui qui possède la propriété d'une chose détient sur cette chose le maximum de prérogatives juridiques.

Le droit de propriété s'est seulement trouvé déformé et transformé par sa longue existence.

Il serait intéressant de rechercher si l'on ne pourrait pas mieux comprendre la fameuse discussion autour du droit du propriétaire d'anéantir sa chose, par la constatation que certaines choses n'offrent vraiment aucune utilité si elles ne peuvent être anéanties. Tel est

le cas des choses consommables, principale richesse des populations primitives.

La propriété est un Droit qui nous a été légué par le Droit romain avec nombre des attributs qu'il avait dans les civilisations primitives. N'y a-t-il pas ici un héritage qui nous vient de très loin ?

Le Code civil a organisé, ou plutôt a hérité et réorganisé, un mode de jouissance des biens, normal et principal : la propriété. C'était là une institution traditionnelle héritée du Droit romain codifiée et abstratisée par la science juridique.

Les juristes de la Révolution se sont efforcés de donner une théorie générale de la propriété : ils l'ont examinée par rapport aux besoins naturels de l'homme et ils en ont fait un Droit naturel justement par ce que les besoins de l'homme sont des besoins naturels, justement parce que la propriété a permis depuis des temps immémoriaux à satisfaire ces besoins.

Après le Code civil, pendant une longue période, tout le Droit positif a été guidé et inspiré par cette éminence de la propriété. Les juristes, que M. Julliot de la Morandière désigne sous le nom de juristes d'école classique, ont même essayé de faire de la propriété un principe, une idée-force qui devait lier le législateur. A plus forte raison ce principe devait-il guider l'interprète.

Il y avait sans doute de tout temps des limites aux droits de la propriété. Celui-ci n'a jamais été absolu. Mais ses limitations n'étaient presque pas considérées comme telles ; personne ne s'inquiète aujourd'hui des servitudes légales des vues et des jours, ou de la propriété enclavée.

Quand on parle d'une propriété restreinte, d'une propriété limitée, on veut plutôt parler de tout autre chose. Il s'agit de limitations inspirées par une politique d'expropriation ; on parle du régime spécial de la propriété des mines et des cours d'eau, ou encore des

mesures de sauvegarde économique, de cours forcé, etc... Tout cela marque en réalité un déplacement de Droits subjectifs, qu'en un mot il y a là tout autant d'expropriations.

Il y a la lutte pour le Droit, emportée par ceux qui revendiquaient ces déplacements de Droits subjectifs.

Quelle est l'importance de la théorie de droit de la propriété absolue ? Les mesures qui sont des restrictions traditionnelles, comme celles établies dans l'intérêt des voisins, une fois envisagées comme restrictions à un droit absolu de la propriété, permettent de dire que le droit de la propriété n'est pas absolu. On est donc tenté de dire que, puisqu'une restriction existe, on peut sans très grand inconvénient en demander une seconde, une troisième et ainsi de suite. « A la limite », comme disent les mathématiciens, on a établi une théorie de la propriété fonction sociale, théorie qui ouvre en réalité la porte à toutes les expropriations.

Là encore il ne s'agit que d'une question politique.

Les circonstances graves ont toujours obligé une communauté à utiliser ses richesses d'une manière massive. Les temps de guerre et de troubles sociaux ont toujours été les temps de l'économie de guerre. A ce moment la propriété privée est toujours frappée, toujours atteinte.

Si l'état de trouble, ou de guerre, se prolonge, s'il devient pour ainsi dire endémique, le nombre des atteintes portées à la propriété privée existante devient tellement considérable qu'il semble entraîner l'abolition de l'Institution même.

Chaque fois qu'une atteinte à la propriété se produit, il s'agit en réalité d'un déplacement de valeur d'ordre juridique : il se produit une lutte entre ceux qui veulent déposséder les propriétaires, les riches et ceux-ci, qui eux, veulent garder leur position, se défendre.

Les cas où les propriétaires, les riches peuvent l'em-

porter dans ces luttes en s'appuyant seulement sur des arguments d'ordre juridique et en livrant la lutte seulement devant les tribunaux sont très rares. Il en est ainsi notamment en France, où il n'existe pas de contrôle pour la constitutionnalité des lois. Si l'État accepte de se présenter dans la lutte et s'il appuie par une loi d'expropriation les demandes de déplacement de valeurs, les propriétaires qui voudraient défendre leurs richesses rien que devant les tribunaux seraient condamnés d'avance : ils ne peuvent combattre ainsi au principal ; ils ne peuvent que défendre certaines positions mineures, telles les conséquences des lois d'expropriation ; mais la position principale, l'expropriation en elle-même, est déjà gagnée par les assaillants.

Le propriétaire qui se défend contre une expropriation devant le tribunal, dans l'hypothèse où une loi a établi cette expropriation, ne peut gagner qu'en demandant aux juges de déclarer que la propriété est le principe et l'expropriation l'exception ; celle-ci ne pourra donc l'atteindre que dans les limites de la loi, dans les limites du texte exprès.

On s'aperçoit cependant très vite que même s'il se trouve dans une telle situation, le propriétaire devra, pour l'emporter, faire appel à des arguments d'ordre épolitique. Prenons un exemple, pour mieux nous rendre compte de la manière dont les choses se passent. Une loi établit le cours forcé. Elle établit par là une expropriation aux dépens du propriétaire d'une monnaie en baisse. Si des procès entre les créanciers du débiteur se présentent, quel sera en dernier lieu celui qui devra faire les frais de l'opération, qui sera l'exproprié ? Faudra-t-il étendre l'expropriation au delà des limites prévues par la loi ? Va-t-on repousser les clauses or indistinctement, ou au contraire, établira-t-on des distinctions ? La pratique nous montre que ces dernières sont en nombre. Il en est d'établies pour les contrats

internationaux, par exemple. Les créanciers d'un tel contrat bénéficiant d'une clause or, seront mieux payés. Il y a là de toute évidence une interprétation en faveur de la propriété privée. Mais on s'aperçoit vite qu'elle est commandée par un impératif politique. La décision s'est inspirée considérablement des circonstances du moment : veut-on et peut-on, en cas de nécessité faire triompher les mesures arrêtées en faveur de la monnaie nationale, c'est de cette réponse que dépend la solution qu'on donnera et qui sera, selon le cas, favorable ou contraire à la propriété privée.

La notion d'ordre public n'est pas nécessairement employée dans un tel débat. D'autres notions juridiques peuvent, également, servir et justifier les décisions de la jurisprudence. On fait souvent appel au caractère impératif de la loi monétaire pour expliquer une décision d'expropriation plus large, ou en sens inverse, au caractère éminent de la propriété qui doit se trouver hors d'atteinte. La notion d'ordre public correspond parfaitement à ce débat qu'elle peut parfaitement expliquer car elle traduit l'idée de cohésion du groupe et peut appuyer une solution donnée à un problème politique.

Tout ceci se rapporte aux droits de propriété et à ses limites en tant que droit.

Quid, quant à la propriété en tant que droit au droit ?

On dit et on répète que la société actuelle est politiquement basée sur la propriété ; cela est à tel point évident que toute démonstration est superflue. La simple présence de forces politiques qui veulent établir une société sans propriété nous le montre.

Ces forces ont puissamment agi, sinon pour la suppression totale de la propriété en tant que droit subjectif, du moins en faveur d'une série très grande d'expropriations, de déplacements de droits subjectifs, de certaines classes vers d'autres classes.

La propriété, en tant que droit, existe encore ; elle est même restée un des attributs essentiels de l'homme. On découvre cela, en Droit civil, dans la théorie du patrimoine et aussi dans les droits des obligations. Il est ainsi interdit à l'individu d'aliéner sa liberté d'une manière complète parce qu'il se rend incapable d'acquérir la propriété et contrarie ainsi l'ordre public.

De nos jours, l'homme acquiert la propriété ; il s'enrichit, par l'échange. Au moyen d'accords entre titulaires de valeur on parvient à arranger un certain déplacement de ces valeurs ; nombreux, ces échanges amènent l'enrichissement. Supprimer ou limiter la liberté du commerce juridique, la liberté des accords d'échange, signifie limiter les possibilités d'acquérir la propriété.

De nos jours, malgré la lutte contre les puissances d'argent, on n'est pas encore allé jusqu'à la suppression totale de la propriété en tant qu'institution. Le Droit positif, la jurisprudence, ont annulé et continuent à annuler comme contraire à l'ordre public nombre de conventions par lesquelles on se dépouille d'une manière absolue de la liberté de s'engager pour l'avenir.

L'homme peut être propriétaire et cette aptitude est encore considérée comme d'ordre public, en ce sens qu'elle représente une nécessité vitale pour la politique actuelle.

En matière de Droit économique, nous avons constaté que le Code civil établit en faveur de l'homme une prérogative maxima : la propriété. Mais le Code civil établit aussi d'autres droits, d'autres modes d'utilisation des choses, moins complets sans doute mais qui peuvent présenter aussi de nombreux avantages.

Tels sont les droits réels, autres que la propriété

(usufruit, droit aux fruits, droit d'usage, servitude) ; mais aussi certains droits qui dérivent des conventions, simples droits de créance.

A part les droits réels on peut s'assurer au moyen d'engagements conventionnels une certaine utilisation des biens. Telles est la situation du locataire et du bailleur de fonds.

Le locataire n'est pas titulaire d'un Droit réel. Il peut cependant tirer, de la chose louée, une utilité économique très appréciable.

La tendance du Droit moderne semble d'ailleurs être une diminution des différences qu'on avait établies entre les droits réels et les droits de créance. Nombreux sont les auteurs qui envisagent le droit réel comme un droit ayant pour correspondance une obligation passive universelle.

La propriété comprend un ensemble de droits qui sont en quelque sorte ses éléments constitutifs : les droits réels.

Ces éléments sont en nombre déterminé, mais cette règle n'est pas absolue. Si on ne peut créer des droits réels nouveaux et si on a rarement le besoin d'en créer, cela tient en bonne partie au fait que l'énumération du Code civil est très générale et très large. On arrive difficilement à concevoir des droits réels autres que l'usage, le droit aux fruits, l'usufruit et les servitudes.

D'autre part, le Droit positif considère comme libre la création des servitudes, et l'initiative des particuliers peut s'exercer librement à ce sujet. Le Code civil nous demande que peu de chose pour valider les servitudes nouvellement créées : il faut qu'elles soient conformes à l'ordre public actuel et qu'elles ne soient établies, ni contre une personne ni en faveur d'une personne, mais sur un fonds et en faveur d'un fonds.

Le propriétaire qui peut céder une partie des droits

de sa propriété peut sûrement céder la propriété complète d'une chose de son patrimoine. A part les limitations déjà indiquées (celles qui se rapportent aux possibilités de démembrement de la propriété) y en a-t-il d'autres ? Peut-on les classer d'une manière générale ?

Nous croyons qu'on peut proposer la formule suivante : il y a, en premier lieu, les restrictions au droit de propriété qui dérivent de l'affectation d'un bien, objet d'une propriété à son usage normal traditionnel. L'ordre public appuie cette tradition et pousse le propriétaire à utiliser ses biens en s'y conformant.

Mais ce n'est pas tout. Le Droit de propriété et le Droit réel ont provoqué, par leur exercice dans la masse sociale, certaines conséquences d'ordre politique. Ainsi l'emphytéose qui tient en même temps du bail, droit de créance et du droit réel et aussi les rentes étaient intimement rattachées au droit féodal. La Révolution devait provoquer à coup sûr leur disparition. Le Droit civil semble ainsi obliger les personnes d'user des biens d'une manière déterminée, mais surtout de ne pas faire revivre certains modes d'utilisation de ces biens, abolis comme constituant les conséquences d'une politique interdite.

Il y a encore une idée étroitement rattachée à l'ordre public et qu'il faut mentionner.

Nombre de biens procurent une utilisation par eux-mêmes, indépendamment de toute idée de commercialité. En Droit romain, c'était d'ailleurs ainsi qu'on utilisait les biens le plus souvent.

Une maison est habitée par son propriétaire, on consomme directement les produits de l'exploitation agricole.

Mais ces biens peuvent être cédés, vendus, c'est-à-dire échangés contre une valeur économique intermédiaire : l'argent. L'argent est de nos jours une ri-

chesse, et parfois la richesse essentielle. Dans les sociétés primitives, faiblement dominées par l'échange et par la division du travail social, l'affectation des biens à une utilisation directe est très poussée. Lorsque, par hasard, un bien est échangé, il l'est toujours contre un autre bien d'une valeur correspondante et d'une nature semblable.

Ce n'est que dans les sociétés modernes, très civilisées, puissamment dominées par la division du travail social et surtout dominées par une mentalité mercantiliste qu'on est, de plus en plus, poussé à presque tout vendre et à presque tout acheter.

La science du Droit a elle aussi, fortement contribué, inspirée comme elle l'était par des idées mercantilistes, à justifier cet état de choses. Le Droit civil désigne en effet du même nom de « droits » les prérogatives d'ordre économique et les prérogatives d'ordre extrapatrimonial.

Du moment que quelqu'un est maître d'une chose, cette personne exerce sur cette chose un certain pouvoir de décision. En civilisation mercantiliste, accompagnée d'une puissante division du travail social, la tentation de commercialiser les droits est grande, surtout si le prix offert représente une grande quantité de biens.

Il s'est ainsi produit une certaine confusion entre les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux avec une tendance très marquée de la première catégorie d'englober presque totalement la seconde.

Une réaction n'a cependant pas tardé à se produire. On a refait la distinction des deux sortes de droits et la notion d'ordre public a appuyé cette réaction. La notion d'ordre public a rétabli l'affectation des droits à leur usage initial et a empêché qu'ils soient détournés et transformés en Droits patrimoniaux.

Ceci s'est produit en matière de Droit de famille

(filiation, paternité, mariage) ; emploi a été très souvent fait de la notion d'ordre public pour réaliser une séparation de ces Droits, extrapatrimoniaux de toute idée d'ordre patrimonial.

L'ordre public a donc servi en matière de Droits patrimoniaux à fixer la physionomie générale de ces droits par rapport aux idées d'ordre politique : telle l'intangibilité de la propriété en tant qu'institution et aussi, parfois, en tant que Droit.

Cette idée d'ordre public sert encore à combattre ceux qui prétendent établir un Etat sans propriété.

Mais il existe toujours un mouvement perpétuel de dépouillement de richesses et de Droits subjectifs.

L'ordre public sert alors à justifier ce dépouillement lorsqu'il se produit (telle l'expropriation pour cause d'utilité publique, les réformes monétaires, les lois du travail, etc...);

ou bien encore pour s'opposer à une tentative de dépouillement, en appuyant alors l'intangibilité de la propriété ou le respect des droits acquis.

Quoi qu'il en soit, nous retrouvons encore le même aspect politique de la notion d'ordre public : elle assure toujours le respect d'un plan socialement imposé et elle appuie sa réalisation.

§ 5. — LA NOTION D'ORDRE PUBLIC DANS LES DROITS EXTRA-PATRIMONIAUX.

Il existe des droits qui permettent à l'homme de satisfaire ses besoins et intérêts d'ordre matériel : ce sont la propriété, l'usufruit, le droit du locataire, etc. Ces droits ont été créés et existent pour cela.

Il existe à côté d'autres droits, créés pour répondre à d'autres besoins : les droits de famille, les droits

politiques, et en général tous les droits qu'on considère comme exclusivement attachés à la personne.

La personne humaine, produit du milieu social et vivant dans un milieu social, se trouve entourée d'impératifs sociaux d'ordre traditionnel : les hommes font de leur droit l'usage qu'ils doivent en faire normalement. N'empêche que l'unité de la personne humaine, l'unité de la vie qui fondent dans le même être tous les besoins et tous les moyens de lutte poussent quelquefois le titulaire de droits à détourner ses droits de leurs usage initial. On ne peut pas dire d'ailleurs que les droits de famille, évidemment extrapatrimoniaux, soient exclusifs de tout intérêt matériel. L'enfant puise dans les ressources de sa famille des possibilités économiques importantes, lui permettant d'atteindre l'âge de la maturité ; les époux mettent en fait presque toujours leurs biens en commun. Peu de mariages sont conclus en dehors de toute préoccupation matérielle. Il y a là cependant, des faits reconnus par la société ; agir ainsi c'est agir d'une manière non répréhensible, d'une manière que la société accepte généralement.

Considérons le Droit positif d'un moment donné ; il existe sûrement une délimitation, une affectation des droits à leur usage respectif. Un droit de famille, telle la puissance paternelle, n'est pas un droit économique, et cela malgré certaines conséquences économiques qu'il peut présenter. Il en est de même des droits politiques, des droits moraux en général.

Une personne peut cependant, en s'émancipant des cadres sociaux et de leurs commandements, céder à la tentation d'utiliser un droit, un élément de son patrimoine juridique, dans un tout autre sens que celui qui lui était traditionnellement assuré. Les cadres sociaux s'opposent ; le droit, organe de la volonté sociale, résistera. La lutte pour le Droit se trouve dès lors

engagée : la personne visée cherche à augmenter son patrimoine juridique d'un droit subjectif : celui qui lui permet d'utiliser un droit antérieurement affecté, en dehors de cette affectation initiale. L'issue de la lutte peut dépendre du nombre de pareilles demandes ; il dépend aussi, en tout cas, du degré auquel la prétention est arrivée à se faire légitimer.

La notion d'ordre public a souvent servi dans cette matière. On considérerait qu'il était interdit d'utiliser les droits extra-patrimoniaux de manière à leur faire produire des conséquences patrimoniales ; c'est ce que les manuels classiques expriment par l'expression : « biens ou droits hors commerce ».

L'affectation des droits, ainsi que nous l'avons écrit, n'oppose pas seulement le droit moral au droit économique, ainsi qu'il pourrait paraître au premier abord.

Désireux de mettre sur pied un plan cohérent d'organisation sociale, le législateur accorde certains privilèges à certaines personnes. Ainsi se trouve construit un mécanisme souvent compliqué, dont le fonctionnement représente justement la forme de la vie sociale politiquement désirée. Il est donc indispensable que les droits et obligations juridiquement différents ne changent pas d'affectation. Il est indispensable — du moins pour une première période — que les personnes auxquelles on vient d'accorder des droits, les gardent ainsi qu'ils furent octroyés ; que, de même, les personnes auxquelles on a imposé des obligations ne s'en déchargent pas, et ne les déforment pas.

On organise par exemple un système de protection des incapables ; cela constitue un point capital du régime politique en vigueur. Cette politique se traduit juridiquement par un Droit subjectif au profit de la personne à protéger, et par une application qui pèse sur ceux qui doivent assurer cette protection. Renoncer

à cette prérogative, en tant que Droit subjectif, c'est renoncer d'emblée à un point capital de la politique du jour ; s'affranchir de l'obligation de protection c'est aboutir au même résultat. Le droit à la protection et l'obligation de protection ont été également considérés comme étant d'ordre public.

Ce n'est que dans un second temps, au moment où l'on s'est aperçu que le système n'allait peut-être pas sans reproche, quand on a vu que les incapables étaient parfois mieux protégés par un système souple, qu'on a commencé à admettre et à tolérer l'œuvre de la volonté privée en cette matière. Les organes de protection légale de l'enfant semblent, au premier abord, complètement hors de la prise de la volonté privée. Ce n'est qu'en y regardant de très près qu'on s'aperçoit que cette volonté s'exerce parfois valablement.

Ce changement ne s'est pas produit sans lutte ; il fallait persuader l'opinion, pénétrée de l'esprit premier de la loi, et aussi les autorités chargées de son application, que le but politique resterait le même ; qu'il serait, au contraire, mieux servi par l'opération dont on réclamait la validité. Ce faisant, on affectait, bien entendu, une attitude conformiste par rapport à l'idéebut de la loi ; on voulait seulement modifier la mise en œuvre de ce principe initial.

En Droit, on avait considéré certains côtés de cette mise en œuvre également comme des points capitaux : pour s'assurer de l'exécution du principe, on avait fixé les modalités d'application et on les avait fixées en un bloc car on pensait que la renonciation aux modalités d'application entraînerait irrémédiablement l'affaiblissement du principe. Combattre pour changer ces modalités d'exécution était par conséquent tout aussi difficile que de combattre le principe en lui-même.

La notion d'ordre public a consacré des droits et des obligations affectés. Elle consacre aussi la mise en

œuvre de ce mécanisme de droits et d'obligations, destiné à assurer l'accomplissement d'un plan politique.

Le système fonctionne un certain temps sans accroc ; la notion d'ordre public défend le système de sa mise en œuvre ; les masses sociales gardent encore entière leur foi dans l'idée politique dans sa forme primitive. Mais bientôt, sous l'effort sans cesse croissant de la lutte pour le Droit, les anciennes positions commencent à céder ; elles fléchissent sous la pression des idées nouvelles, jouissant de plus en plus de la faveur des masses. Celles-ci se réclament d'ailleurs, elles aussi, de l'ordre public ; les anciennes positions s'écroulent, à leur place s'installe la nouvelle organisation des droits, le nouveau système d'intérêts reconnus. Il sera, lui aussi, d'ordre public ; il monopolisera lui aussi, à son profit, toutes les forces sociales, jusqu'au moment où il sera forcé à subir le même sort que l'organisation qu'il vient de remplacer.

TITRE III.

LES RELATIONS JURIDIQUES. ACTE JURIDIQUE FAIT JURIDIQUE ; LICITE, ILlicITE

Les relations humaines sont celles qui forment la matière du Droit en ce sens que c'est d'elles que le juge doit s'occuper soit pour les supprimer, si elles ne sont pas conformes au droit, soit pour leur assurer l'appui de la force publique, si elles sont légales.

On divise les relations juridiques en deux grands compartiments :

1° Les actes juridiques ;

2° Les faits juridiques.

Il semble qu'ainsi aucun commerce humain, aucune relation sociale ne peut être soustraite au contrôle judiciaire.

On ne peut dérober à la surveillance du juge un fait, qu'on prétendrait avoir accompli sans l'intention de faire produire des effets juridiques : tous les faits et tous les actes, quels qu'ils soient, doivent répondre de leur légalité.

Il existe bien, en Droit civil, une théorie générale de l'acte juridique mais on s'en rapporte assez rarement, étant donné que le Code civil a pris soin de réglementer d'une façon très spéciale, très détaillée, certains d'entre eux ainsi que leurs conséquences ; c'est le cas de la réglementation du mariage, des testaments, de toute la matière de la filiation, etc... Cette réglementation très

importante d'institutions particulières nous fait parfois perdre de vue l'ensemble au profil du détail.

Nous serons souvent obligés de nous rapporter à la théorie générale de l'acte juridique, surtout lorsque nous examinerons certains genres de relation juridique ; ce coup d'œil est absolument indispensable à une étude de l'ordre public.

A part la distinction énoncée (acte juridique et fait juridique) qui justifie et autorise un contrôle intégral du commerce social, le Droit civil en établit une autre : celle des faits et des actes licites et des faits et actes illicites.

Cette seconde distinction est destinée à fournir au juge le critérium selon lequel il accordera la protection du Droit à une activité humaine ou, au contraire, fera exercer contre elle la pression de la force publique.

Il semble que, en vue de rendre un contrôle plus facile et plus objectif, la loi a obligé les particuliers à employer dans leurs relations juridiques certaines voies définies. Ainsi, par exemple, oblige-t-elle les particuliers à prouver leurs relations soit par un écrit, soit encore par d'autres moyens de preuve définis.

Mais il y a plus : la science du Droit est arrivée avec le temps, à dégager certains éléments qui composent les faits constitutifs du commerce juridique : convention, délit, etc... La science permettra ainsi au juge d'analyser l'opération qui lui est soumise, bien entendu pour savoir si elle est licite ou non, et cela d'après la présence ou l'absence de ces éléments. Cette présence ne suffit d'ailleurs pas, à elle seule, pour garantir un acte juridique de toutes sanctions judiciaires : il faut encore, pour que la validité d'un tel acte soit assurée, que ces éléments composants ne soient pas atteints de certains vices. Ainsi la volonté est un élément de la convention, laquelle est une source d'obligations ; pour que l'obligation soit valable, il faut que la convention existe avec son élément voli-

tionnel ; mais il faut en plus que la volonté ne soit pas viciée pas l'erreur, la violence ou le dol.

Nous verrons l'importance que tout cela présente du point de vue d'une étude de l'ordre publique.

Le Droit est en principe destiné à contrôler et à appuyer l'application d'un plan législatif ; le juge doit par conséquent veiller, en premier lieu, à l'application de la loi.

Mais de très bonne heure le juge a pris des pouvoirs propres ; il a cessé d'être le juge pour devenir « le bon juge », il n'a pu se contenter de dire le Droit et a souvent été obligé de faire le Droit. La maxime : *summum jus, summa injuria* ne date pas d'aujourd'hui. De très tôt le juge a représenté un pouvoir effectif, séparé du législatif, en fait du moins.

Le juge a constamment arbitré des combats d'intérêts ; le Palais est un champ de bataille tout aussi animé que le Parlement. La lutte qui s'y livre a pour objet des intérêts de toutes sortes de même que la lutte entre partis politiques. Mais au Palais l'emportera celui des deux adversaires qui pourra le mieux se prévaloir d'arguments juridiques, c'est-à-dire celui qui réussira à convaincre le juge que sa prétention est plus conforme au Droit objectif en vigueur que celle de son adversaire. Mais il y a plus : au Palais la règle de Droit elle-même forme l'objet d'une discussion et c'est par là que le juge se trouve très souvent à créer la règle de Droit. Il arrive ainsi très souvent que la situation juridique d'une certaine catégorie de personne s'est trouvée améliorée par le juge, lequel a ouvertement créé de toutes pièces un Droit jurisprudentiel contraire à la loi.

En partant de ces constatations préliminaires, abordons l'étude des relations juridiques ou, pour mieux dire, l'étude du contrôle de ces relations ; le Droit ne s'occupe d'elles en effet que pour mieux les censurer.

CHAPITRE PREMIER

CONTROLE DES ACTES JURIDIQUES

Personne ne conteste le fait que le contrôle des actes juridiques s'exerce par rapport à l'idée d'ordre public, mais il semble que ce genre de contrôle ne représente pas la totalité des possibilités du juge : le Code civil lui permet, semble-t-il, de sanctionner un acte non seulement s'il est contraire à l'ordre public, mais dans beaucoup d'autres cas encore. Tel, par exemple, l'absence ou le vice d'un des éléments de l'acte : consentement, capacité, objet ou cause.

La science traditionnelle semble voir dans ces derniers cas des nullités et des sanctions contraires aux nullités et aux sanctions d'ordre public. La nullité pour absence de cause ou pour erreur sur la cause serait, selon cette opinion, autre chose que la nullité qui frappe un acte dont la cause est contraire à l'ordre public.

Nous croyons pouvoir montrer qu'il n'en est rien. Abordons en premier lieu l'étude du contrôle de l'acte juridique par rapport à ses éléments composants.

CONTROLE DE L'ACTE JURIDIQUE PAR RAPPORT A SES ÉLÉMENTS COMPOSANTS

Les éléments qui composent un acte juridique selon la science traditionnelle sont :

Le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

Il serait faux de croire que ces éléments ne sont que ceux des contrats. Toutes les opérations juridiques peuvent être analysées par rapport à ces éléments. Il semble même que les faits juridiques, eux aussi, seront rapportés et analysés d'après ce critérium du moment qu'ils sont des actes de volonté.

Faute d'organiser une distribution des droits venant d'en haut, chose qui serait parfaitement concevable dans une société soumise à un régime de caserne, le Droit civil décide que les hommes s'arrangeront entre eux pour subvenir à leurs besoins et cela au moyen d'un échange volontaire de valeurs réciproquement nécessaires. C'est là toute la raison d'être de la liberté des conventions ; le contrat, c'est-à-dire l'engagement volontaire et accepté, sera le mode normal au moyen duquel les hommes peuvent obtenir les uns des autres les biens de toutes sortes dont ils ont besoin.

Le Code civil, comme nous l'avons déjà dit, semble opposer l'acte juridique au délit.

Le premier aurait à bénéficier d'une présomption de validité, conformément à la règle : « Provision au titre ». Le fait délictuel, au contraire, se présente devant le juge, dès le début d'une manière toute différente : l'auteur

d'un tel fait semble condamné d'avance et il doit au contraire renverser la présomption de culpabilité qui pèse sur lui. Une telle personne s'emploiera toujours soit à montrer que le fait qui est mis à sa charge n'est pas un délit, soit à nier le fait. Une fois saisi par une réclamation qui émane d'une personne qui se dit lésée par un acte juridique contraire au Droit, le juge analysera cet acte en se rapportant à ses éléments composants et à leurs vices.

§ 1. — LE CONSENTEMENT ET LA CAPACITÉ.

Le consentement est l'adhésion libre de toute contrainte ou pression extérieure, donnée en vue d'un déplacement de valeurs et conduisant par là à une obligation et à la création d'un droit correspondant.

Il est très difficile de savoir si un consentement a vraiment été donné : c'est là une opération d'ordre intérieur, tenant à la conscience individuelle ; le juge devra se guider d'après les éléments extérieurs qui entourent généralement une manifestation de volonté.

Cela nous conduit au régime des preuves.

En cette place, il nous faut étudier les conditions d'un consentement valable, c'est-à-dire les qualités d'une volonté capable de s'obliger et les vices qui peuvent atteindre une volonté généralement créatrice d'obligation, telle la volonté d'une personne majeure.

Le Droit civil a établi toute une série de présomptions de consentement valable, de volonté normale ; ces présomptions une fois réunies interdisent toute discussion à ce sujet.

Cela est nécessaire étant donné que les risques de contestations sont très grands lorsqu'il s'agit de savoir si une personne, par ses qualités d'âge et de discernement, voire même de santé, est apte à se lancer dans le

commerce juridique sans s'exposer à être victime de ses propres opérations.

Le législateur a fixé une limite d'âge au delà de laquelle toute personne est présumée capable : c'est l'âge de la majorité.

Pour les personnes dont l'âge est inférieur à celui de la majorité légale le Code civil a organisé les mesures d'assistance nécessaires : l'incapable est représenté dans le commerce juridique par des personnes qui agissent en son nom.

Il en est de même pour les incapacités qui proviennent d'une maladie (démence, faiblesse d'esprit ; ou d'une faiblesse morale, telle que la prodigalité).

Nous pouvons constater aisément que la théorie du consentement se rapproche sensiblement de la théorie générale de la capacité. En effet, cette dernière n'a été établie qu'en vue de supprimer toute discussion possible sur les prétendues défaillances provoquées par l'infériorité de l'âge ou par les infirmités énumérées.

La question de la capacité est en quelque sorte une application de la théorie générale du consentement.

Quels sont les rapports dans la théorie générale du consentement et de la théorie générale de l'ordre public ?

Il semble déjà que la théorie générale du consentement, l'analyse de l'acte de volonté en lui-même, est en quelque sorte d'ordre public. Nous avons fait ressortir le fait que toute l'économie juridique moderne se fait par des engagements et des échanges entre individus : la volonté individuelle, le consentement y jouent un rôle décisif. En effet, faute d'une distribution des droits et des valeurs juridiques venant en quelque sorte d'en haut, les hommes doivent se les procurer par des échanges volontaires et licites.

Le consentement, et il faut entendre par là le consentement complet et licite, est l'acte fondamental de la

civilisation juridique actuelle. Substituer autre chose au système actuel d'échange volontaire des valeurs, c'est-à-dire se contenter de consentement plus ou moins complètement exprimé, serait presque inconcevable. On ne peut songer qu'à changer le système actuel des échanges libres contre un système de droits et de devoirs imposé par une volonté extra-individuelle ; c'est d'ailleurs une chose qui a été tentée : c'est la lutte qui semble aujourd'hui menacer sérieusement les formes traditionnelles, la lutte bien connue des dictatures contre la démocratie.

Du moment qu'on est d'accord pour dire que la vie juridique dans son ensemble sera laissée à la discrétion des individus, la théorie du consentement envisagée en soi semble incontestablement être d'ordre public ; c'est, en effet, un point essentiel de l'organisation politique actuelle : on ne peut y renoncer sans porter atteinte à cette forme politique même. Le Droit, par la fonction conservatrice qui est de son essence même, frappe de sa force toute tentative de substitution ou de déformation de l'ordre juridique actuel.

Nous avons maintes fois constaté que si l'ordre juridique actuel fait de l'acte juridique volontaire un de ses points capitaux, le fond du problème n'est cependant pas aussi simple. En pleine civilisation démocratique nous avons constaté l'existence de maintes formes juridiques, de maintes institutions, dont les particuliers ne sont pas les maîtres absolus ; il se peut que certaines de ces institutions soient formées par la volonté privée, mais l'autorité publique aura le soin de veiller pour que cette institution soit fondée selon son esprit traditionnel : la volonté privée s'exercera mais elle sera contrôlée de très près.

Il y a encore une possibilité : celle de paralysie totale, d'empêchement complet pour la volonté privée de créer des institutions juridiques. La loi commande, il faut

obéir ; c'est ce que les juristes analysent en s'occupant des lois impératives.

Il serait faux de dire qu'un régime démocratique ignore totalement les impératifs juridiques absolus ou bien que les dictatures interdisent d'une manière générale tous les actes entre particuliers ; les unes comme les autres utilisent aussi bien la technique contractuelle, que les lois impératives pour le commerce juridique.

Il s'agit, en réalité, d'un de ces principes, idée-force, qui gouverne plutôt la politique que les institutions présentes ; cela ne veut pas dire qu'une telle idée-force sera complètement dépourvue d'importance sociologique ; elle aura pour effet de changer à la longue nombre d'institutions traditionnelles à la condition d'être douée d'une force de résistance historique suffisante.

La crise du Droit moderne, si vraiment on peut parler de crise, semble résider uniquement dans la recherche d'un système idéologique.

Les anciennes idées-forces n'ont pu résister à travers le temps qui marque toujours son empreinte, aux attaques de toute sorte. Les masses se sont par trop habituées à l'édifice de 1804 pour ne pas s'en lasser un peu.

Nous avons constaté que le système juridique actuel repose sur l'idée de contrat ; le contrat exige un consentement éclairé et complet.

Il faudra donc rechercher quel est le rôle du Droit positif quant au problème du consentement.

Dans un engagement, il arrive presque toujours que l'une des parties perde au profit de l'autre ; le perdant aura toujours tendance à demander aux juges la libération de son engagement en allégeant que son consentement n'a pas été complet ou a été vicié ; étant donné que c'est là un problème tout d'ordre psychologique, le Droit devra se guider selon certains éléments d'ordre extérieur : ce sont les présomptions légales.

Une personne majeure qui se présente comme étant

douée d'un discernement standard pourra-t-elle demander aux juges en toute occurrence l'annulation de l'engagement qui la tient ? La loi a décidé qu'il fallait, pour annuler un engagement dont un individu a été victime, certaines conditions nettement établies ; on peut invoquer, pour demander la protection du juge, l'erreur, la violence, ou le dol dont on a été victime.

Le Droit exerce une fonction de police et ne peut manquer à ce devoir. Il tranche les différends qui naissent entre particuliers des relations juridiques des contrats et des conventions par eux conclus.

Les différends naissent toujours d'un appauvrissement, de la méprise d'un intérêt, dont se trouve à bénéficier l'autre partie contractante. Ce déséquilibre d'intérêts correspond à une inégalité des deux parties. Il existe sûrement une telle inégalité entre la volonté de l'incapable et celle de l'adulte, entre une personne qui n'a contracté que sous la menace de la force et son agresseur, entre la victime d'une manœuvre dolosive et l'auteur de cette manœuvre. La nécessité de rétablir l'équilibre ainsi rompu est tellement traditionnelle qu'on n'a presque pas besoin de s'interroger sur sa raison d'être.

Le Droit civil a toujours entendu protéger le plus faible des deux contractants, mais l'attitude du Droit positif, quant à la protection qu'il assure aux individus, n'obéit pas à un critérium unitaire.

Il faut tenir compte qu'en quelque sorte tout contrat est une spéculation. Il y a toujours appauvrissement d'un côté et enrichissement de l'autre. Le perdant aura toujours tendance à se libérer de son engagement : cette constatation complique encore le problème.

La sécurité des relations juridiques, la foi due aux engagements exige cependant que la révision de toute convention soit rendue très difficile.

Si les conventions sont conclues par la volonté et si la volonté peut être viciée, le Droit positif n'accorde une

nullité pour vice de consentement qu'avec les plus grandes précautions.

Mais le Droit a toujours protégé le faible, la victime, et c'est entre ces deux pôles que se placeront les solutions du Droit positif.

§ 2. — L'ERREUR.

Au moment de contracter, l'une des personnes ou les deux à la fois, ont pu se représenter d'une manière inexacte, soit la prestation à laquelle elles s'engageaient, soit l'équivalent qu'elles s'attendaient à recevoir. C'est l'erreur au sens classique du mot. Il semble évident que personne n'aurait contracté dans de telles condions : il est de première nécessité d'avoir la représentation claire des conditions du contrat. La nullité, la destruction de ce malentendu semble de première nécessité.

Le législateur n'a pas entendu émettre une opinion aussi tranchante. Nous verrons que, par la suite, il a dû s'inspirer alternativement, soit du besoin d'assurer aux contrats le respect nécessaire, soit du désir de protéger l'individu contre un appauvrissement injuste ou exorbitant.

Le Code civil a strictement défini les circonstances dans lesquelles l'erreur est susceptible de produire la nullité d'une convention. Sont prises en considération par le Code civil et par la doctrine classique :

1^o L'erreur-obstacle, celle qui détruit complètement le consentement ¹. Elle porte sur la nature même de l'opération, ou bien sur l'existence ou l'identité de l'objet ou encore sur la cause de l'obligation. La doctrine classique exige qu'un engagement ainsi vicié soit frappé d'une nullité absolue, voire d'inexistence ² ;

1. Jossierand, II, p. 33 et suiv.

2. Jossierand, *idem*. Dans une circonstance pareille les auteurs ont tendance à affirmer qu'il ne s'agit, en réalité, pas d'un engagement, mais seulement d'un malentendu (Jossierand, II, p. 34).

2° L'erreur-nullité qui porte sur la substance de la chose convenue, sur la personne dans les contrats *intuitu personae* ou enfin sur l'efficacité de la cause de l'engagement ¹. Il semble qu'à part les cas énumérés, le Droit civil n'entend pas sanctionner par une nullité les engagements formés par erreur.

Semble être indifférent en principe : le cas d'erreur sur les qualités non substantielles de l'objet, l'erreur sur la personne du cocontractant lorsqu'elle n'a pas été déterminante, l'erreur sur les motifs qui ont poussé une personne à s'obliger, enfin, l'erreur sur la valeur.

On a mis longtemps pour préciser l'attitude du Droit positif sur cette question ; d'ailleurs, le débat n'est pas clos, il continue toujours.

La doctrine, dans une première attitude, entendant limiter le plus possible les nullités pour cause d'erreur ².

La jurisprudence (le juge n'est-il pas à arbitrer journellement la lutte pour le droit) n'a pu résister longtemps sur la position que lui indiquait ces auteurs. Elle s'est décidée, cédant aux appels de protection qu'on lui adressait chaque jour.

On a ainsi sensiblement élargi les textes du Code civil : l'article 1110. On a interprété d'une manière extensive les causes d'erreurs sur la substance de la chose ; le mot substance n'est plus compris comme indiquant les « propriétés dont la réunion détermine la nature spécifique de la chose », comme le nom même de cette chose, comme un substantif, mais bien ces qualités déterminantes de la chose, « propulsives de la volonté des parties ³ ».

Les applications jurisprudentielles sont nombreuses en cette matière. Les juges semblent d'ailleurs assez

1. Josserand, *idem*.

2. En ce sens, Aubry et Rau et Huc. Voir aussi Josserand, t. II p. 35 et 36.

3. Aubry et Rau cités par Josserand, t. II, p. 36.

enclins à protéger l'individu contre tout appauvrissement excessif, contre toute diminution exagérée de son patrimoine juridique.

Malgré la prohibition presque totale d'accorder des nullités pour cause de lésions, la lésion n'étant en quelque sorte qu'un cas spécial d'erreur, la jurisprudence est assez large pour accorder la révision des conventions dans certains cas d'erreur sur la valeur.

Mais pour nombre de cas on traite encore l'erreur d'une manière très sévère.

Il en est ainsi notamment pour l'erreur sur la personne en matière de mariage. C'est pourtant là un contrat *intuitu personae*.

M. Josserand fait passer pour une mesure de rigueur, restrictive de la théorie de l'erreur, le fait que la jurisprudence ne sanctionne que l'erreur commune aux deux parties contractantes et qu'elle ne sanctionne que tout à fait exceptionnellement l'erreur unilatérale. Cela tient peut-être à la très ancienne méfiance des tribunaux pour ce qui touche à la protection contre l'erreur, car dans l'occurrence il faudrait commencer des recherches oiseuses sur des mobile d'ordre psychologique. Les tribunaux entendent bien effacer un malentendu, mais il est beaucoup plus difficile de supprimer un engagement parce qu'en somme une seule partie prétend s'être trompée.

Toute l'attitude du Droit positif quant au problème de l'erreur vice du consentement semble être inspirée par des considérations d'ordre public : n'y a-t-il pas ici toute une attitude de police juridique ?

La jurisprudence s'est toujours inquiétée du respect qu'elle doit assurer au contrat ; c'est d'ailleurs ainsi que tout le monde explique la sévérité avec laquelle elle sanctionne l'erreur. C'est là sûrement un motif d'ordre public.

Mais en échange, chaque fois qu'elle annule un engage-

ment pour cause d'erreur, la jurisprudence ne s'inspire pas moins de considération de nature identique. La fonction de protection que le juge exerce est sûrement, en elle-même, d'ordre public.

Le juge exerce une police des relations juridiques entre particuliers. C'est encore une fonction qui tient de l'ordre public.

Envisagé en soi, le respect de l'ordre contractuel fait incontestablement partie du plan politique du régime actuel ; c'est une idée qui doit être conservée sous la sanction de l'altération de ce régime même. Mais ce plan entend respecter et assurer en même temps une protection efficace des individus. Les tribunaux doivent empêcher toujours que l'ordre contractuel établisse un ordre juridique léonin. L'attitude de la jurisprudence est faite de la conciliation de ces idées également d'ordre public, malgré leur contradiction.

Nous retiendrons ici encore le même aspect processif de la lutte pour le Droit, pour les prérogatives juridiques. C'est ainsi qu'il faut comprendre les combats livrés dans la doctrine et dans la jurisprudence en vue d'élargir la conception assez étroite des textes législatifs en ce qui concerne l'erreur.

§ 3. — LA VIOLENCE.

Au premier abord, la violence semble s'opposer au Droit. Elle est contraire à tout ordre juridique dans les nations civilisées.

Il est interdit de se faire justice soi-même et il est d'autant plus interdit de s'assurer des avantages de n'importe quel ordre au moyen d'une pression physique ou morale, injustement exercée.

L'État semble exercer le monopole de la contrainte.

Le Droit civil annule tout engagement qui est le résultat d'une pression violente de tout ordre sur la volonté

d'une personne. Il n'y a pas de distinction à faire entre les actes qui peuvent être annulés pour cause de violence : tous peuvent être frappés de nullité.

La violence peut consister en une violence physique ou simplement en une contrainte morale. Elle doit, en tout cas, présenter une certaine ampleur ¹.

Depuis le Droit romain les principes se sont considérablement assouplis : on n'exige plus de nos jours (art. 1112, C. civ.) que les manœuvres employées puissent faire impression sur la volonté de l'homme le plus fort. On se contente de la notion de *bonus pater familias* ; l'homme courant tel qu'il se présente partout et toujours sera envisagé en lui-même et c'est l'erreur et la violence qui nous impressionne chacun de nous, selon nos qualités et nos forces, qui sera prise en considération.

Mais il y a plus : il faut que cette violence soit injuste ; le Droit romain exige déjà, pour annuler, une violence contre les bonnes mœurs ².

Cette constatation est curieuse au premier abord : du moment que l'État détient le monopole de la contrainte inconditionnée, et du moment qu'un particulier s'en attribue une partie, il se rend, par là même, coupable de voies de fait. La protection des individus contre les voies de fait semble devoir être absolue. Il n'en est rien, le Droit se montre très tolérant pour certaines de ces voies de fait, du moment qu'elles s'exercent en vue de l'obtention d'une prestation due. La violence justement exercée n'est pas sanctionnée par la nullité de l'engagement qu'elle produit. En effet, la personne qui a agi dans ces conditions avait le plus souvent un droit à une prestation. On n'a agi par la violence que pour s'assurer un titre ou pour obtenir son dû.

L'activité humaine, même violente, est tolérée du

1. Jossierand, II, p. 43.

2. Jossierand, *idem.*, p. 44,

moment qu'elle s'exerce conformément à la règle de Droit.

Du point de vue de l'idée d'ordre public, il faut signaler les mêmes traits que nous avons découvert à propos de l'erreur. Il s'agit d'une protection individuelle contre les voies de fait. Cette protection, quoique très étendue, n'est pas absolue. Elle est pourtant d'ordre public; elle cède cependant devant les voies de fait justement exercées.

Pourtant, le respect dû aux conventions exige que les nullités pour cause de violence soient largement accordées : on conçoit difficilement un engagement sans volonté libre.

Toute cette police de relations juridiques fait incontestablement partie de l'ensemble des idées politiques qui nous conduisent actuellement. Le juge est guidé dans ces décisions par des considérations d'ordre public, telle la protection contre la violence, le respect de l'ordre contractuel, et aussi par le respect de l'ordre juridique.

Le respect et l'accomplissement de ce plan, nous semble être cependant l'idée suprême et justifie l'emploi de la force, chaque fois qu'elle tranche une lutte pour le Droit.

La violence employée dans les relations juridiques nous met en plein jour la lutte pour un intérêt qui tend à gagner le caractère légitime. Si j'emploie la violence contre une personne pour qu'elle reconnaisse une dette, je ne fais, en réalité, qu'une tentative de donner un aspect juridique, par le titre que j'ai conquis, à un intérêt que j'ai conquis d'une manière légale.

Nous avons vu que la violence n'est tolérée que si elle s'exerce conformément à la règle de Droit. Cela nous montre la primauté du plan législatif : le principe de l'interdiction de voies de fait entre particuliers ainsi que le monopole réservé à l'État de l'emploi de la force, cèdent le pas devant l'impératif dernier qui est celui de la réalisation du Droit objectif:

§ 4. — LE DOL.

Le dol est traditionnellement défini comme étant une manœuvre par laquelle on cherche à provoquer une fausse représentation de la réalité, et à surprendre ainsi le consentement d'une personne avec laquelle on est en relations juridiques.

Le dol produit une erreur ¹, et c'est par là que les deux théories, celle du dol et celle de l'erreur, se trouvent rapprochées.

La protection contre le dol comme celle contre la violence est évidemment une mesure de police. Du moment que le Droit civil attache une importance à l'erreur non provoquée, à plus forte raison, protégera-t-il l'individu pris au piège au moyen d'une manœuvre dolosive. Celle-ci est socialement beaucoup plus dangereuse ².

Il faut remarquer cependant que la protection contre le dol n'est pas très étendue; elle obéit à des distinctions souvent très compliquées. On doit se souvenir du fait que chaque opération de change, chaque convention, est en quelque sorte une spéculation, que cette spéculation n'est profitable à un contractant que par l'erreur de l'autre. Dans un échange chacun vante sa marchandise pour en obtenir un meilleur prix.

M. Josserand remarque avec juste raison que le dol se distingue des manœuvres habituellement employées lors de la négociation d'une opération quelconque par un élément moral : une sorte d'intention de nuire. Nous ajouterions volontiers qu'il ne s'agit pas toujours d'une intention de nuire, mais parfois simplement d'une intention de s'enrichir démesurément. Et à M. Josserand de préciser que pour qu'il y ait dol, il faut que la manœuvre

1. « ... le dol nous ramène inévitablement à l'erreur avec cette particularité que celle-ci au lieu d'être spontanée a été déterminée sciemment... » (Josserand, II, p. 48).

2. Josserand, *idem*.

employée « dépasse la moyenne du genre : le marchand qui vante ses produits, qui les déclare supérieurs à tous les autres, qui affirme vendre meilleur marché que tous ses concurrents, celui-là sans doute prend quelque liberté avec la vérité ; il peut être de mauvaise foi, mais il est immunisé par l'usage, les habitudes de la vie courante ; son dol, si dol il y a, est le *dolus bonus* des jurisconsultes romains. Le dol admis ou tout au moins toléré ¹ ».

Le Droit civil est ainsi obligé à limiter ses rigueurs suivant l'usage, suivant la tradition. Il ne fait produire d'effet juridique qu'au dol principal, celui qui a vraiment déterminé quelqu'un à s'obliger ; mais il faut surtout que le dol émane de l'un des contractants ².

La protection de l'individu contre les manœuvres frauduleuses qui le poussent à s'engager est parcimonieusement accordée.

Il semblerait cependant au premier abord que cette protection devrait être pleinement assurée, toute faiblesse à cet égard pouvant être considérée comme une prime d'encouragement du malfaiteur. Il y a là cependant encore cet aspect poignant de la lutte pour la vie qui cherche à tout prix à se faire légitimer : elle devient ainsi la lutte pour le Droit. Les protections contre la fraude ou la violence sont incontestablement des fonctions capitales du Droit. L'État les exerce et ne pourrait s'en dégager. Elles sont inspirées, à n'en pas douter, par des idées d'ordre public ; mais le refus de protection lorsque ce refus existe, la limitation et l'accommodement de cette protection, obéissent aussi à des considérations d'ordre public. Toute la limitation de la protection contre le dol est nécessaire pour assurer la sécurité du contrat et aussi pour rendre possible le commerce juridique en général.

1. Josserand, II, p. 48.

2. *Idem.*, p. 49.

Il y aura encore légitimation d'une prétention, d'un intérêt, d'un droit acquis par certaine « liberté avec la vérité » ; l'ordre public n'est pas dérangé par cela et le Droit sanctionne une pareille acquisition. L'opinion sociale, l'usage, les habitudes de la vie courante tolèrent parfois un enrichissement par certains côtés dolosifs : « le dol est une notion assez imprécise et élastique ¹ ».

Elle est ainsi car elle ne se définit qu'à la fin de chaque procès ; c'est alors seulement qu'on pourra savoir si le juge, si l'opinion publique, considèrent certains agissements comme intolérables. Le dol est l'idée la moins susceptible de fournir un critérium précis. Elle sert comme le meilleur témoin de l'existence de la lutte pour le Droit.

§ 5. — L'OBJET.

L'objet d'une obligation, c'est ce qu'on veut obtenir d'une personne au moyen de cette obligation.

L'objet destiné à satisfaire un besoin, une nécessité d'un ordre quelconque.

Le Droit civil exige la présence d'un objet dans toute obligation parce qu'il ne tolère pas un enrichissement sans équivalent en dehors des libéralités. Une obligation sans objet est en effet soit un malentendu, soit un enrichissement injuste.

L'objet doit exister, il doit être déterminé ou suffisamment déterminable, licite et possible.

La question de la possibilité naturelle de l'objet nous ramène à la considération déjà faite au sujet de l'existence de l'objet : une chose naturellement impossible, de même qu'une chose inexistante, ne peut être promise et sanctionnée par le Droit, car il y a soit malentendu, soit enrichissement sans correspondance.

1. Jossierand, II, p. 42.

La situation est la même pour les choses indéterminées car, en matière de transfert de propriété, par exemple, « la promesse d'un genre n'est pas, ne peut pas être translatrice de propriétés, car on ne conçoit pas que la propriété puisse porter sur des choses non identifiées ¹ ».

La question qui nous retiendra un peu plus longtemps sera celle du caractère licite de l'objet. La possibilité de l'objet y tient d'ailleurs étroitement ². Sont considérées comme des prestations illicites (objet d'obligations interdites) :

I. — Les choses hors commerce (art. 1128 C. civ.).

II. — Les pactes sur successions futures.

III. — Certaines choses que la doctrine classique range dans la classe des prestations immorales.

IV. — Certaines choses qui sont traditionnellement affectées à un commerce juridique spécial et qui se trouvent par là exclues du commerce juridique général : « il est des biens qui répugnent à certains ordres de tractation et qui s'accommodent parfaitement à tel autre. C'est ainsi que les offices ministériels peuvent faire l'objet d'une cession mais non réserve faite des charges de certains agents de change, d'une société ³ ».

Si l'on examine la question de l'intérêt que le Droit civil attache au problème de l'objet des obligations, on s'aperçoit très vite qu'il est en réalité à la recherche d'un critérium qui permettra au juge de sanctionner ou de ne pas sanctionner certaines obligations. Ce critérium lui permettra de trancher les conflits entre particuliers par rapport à la règle de Droit, évidemment inspiré par l'intérêt général.

1. Jossierand, II, p. 59.

2. « ... c'est bien rarement qu'un contrat sera inefficace pour cause d'impossibilité dans l'objet... Il est plus raisonnable d'envisager des cas d'impossibilité morale ou juridique. Il est prestations qui sont exclues de tout rapport obligatoire au nom de la morale ou de l'ordre public. » (Jossierand, II, p. 60-61).

3. Jossierand, II, p. 59.

Un objet est licite ou illicite, permis ou interdit, possible ou impossible, non pas suivant qu'il est visé par un texte précis de la loi, mais suivant qu'il est contraire ou conforme à l'esprit de la loi et surtout à l'esprit public dominant à un certain moment ; c'est en ce sens que par exemple « la notion d'extra-commercialité est.... une notion relative ¹ ».

La même constatation peut être faite pour les pactes sur successions futures : la loi fait elle-même échec à sa propre prohibition ; elle permet le partage d'ascendants et autorise l'institution contractuelle ; mais la jurisprudence a, pour le reste, sévèrement maintenu l'interdiction principale : la sanction de tout autre pacte sur succession future est une nullité d'ordre public, malgré la tendance contraire du Droit comparé ².

La liste des prestations immorales n'est pas arrêtée. Certaines prestations considérées comme telles il y a encore quelque temps sont aujourd'hui permises ; ainsi sont aujourd'hui autorisées et reconnues par le Droit : le prêt à intérêt, immoral en Droit canonique ; le contrat d'assurance sur la vie, le contrat de claque, le contrat organisant certaines manifestations sportives ³, voire le courtage matrimonial.

Il semble qu'il faudrait dégager de tout cela les mêmes conclusions que celles que nous avons établies jusqu'ici : l'existence d'un plan politique, transformé en règle de Droit, le maintien de ce plan et sa réalisation, qui doivent être poursuivis avec la dernière énergie. En langage juridique, cela veut dire que ce plan et sa réalisation sont d'ordre public, mais ce plan est toujours sollicité par une lutte ininterrompue : celle qu'on livre en vue de l'obtention de prérogatives nou-

1. Josserand, II, p. 61.

2. Josserand, II, p. 62.

3. Josserand, II, p. 62 et 63.

velles ou simplement en vue de la légitimation d'une action. C'est la lutte pour le Droit.

La détermination de l'objet est établie en vue de réaliser un contrôle de police juridique sur les relations entre individus ; les considérations qu'on dégage de la théorie générale de l'objet permettent au juge d'interdire des enrichissements : injustes, immoraux, illicites, c'est-à-dire contraires à certaines idées politiques dominantes.

L'ordre public est intéressé à une certaine affectation traditionnelle des biens à un certain usage.

Il existe toujours un ordre des choses que le Droit a pour ainsi dire décrit, photographié ; cet ordre de chose devient ainsi ordre de Droit ; mais les tentatives d'inventions se produisent ; elles ont tendance à rompre avec la règle traditionnelle. Le droit s'y oppose, mais on risque toujours la lutte contre la tradition en vue de légitimer cette invention ; cette lutte est parfois gagnée ; l'image première, la photographie initiale est ainsi doublée d'une autre, car au moment où on est arrivé à faire légitimer par le juge un intérêt qui ne l'était pas jusqu'alors, on crée un nouveau Droit subjectif, en modifiant le Droit objectif.

La lutte pour la prérogative juridique arrive à donner au Droit positif non plus l'aspect d'une seule photographie, d'un état, mais celui d'un film, celui d'un mouvement.

Les intérêts juridiquement protégés ne bénéficient de la reconnaissance du Droit que s'ils s'exercent selon leur affectation et leur destination primitive. Il est faux de dire que l'état des personnes ne peut faire l'objet d'une convention : l'adoption et le mariage sont des contrats.

Il faut dire seulement que la volonté privée ne peut s'exercer sur l'état des personnes que suivant certaines règles traditionnelles.

Il est faux de dire que les successions futures sont absolument hors commerce ; il existe une institution contractuelle et un partage d'ascendant, permis par la loi elle-même ; mais encore une fois la volonté privée sera limitée par le préjugé défavorable qui pèse sur de pareilles tractations et que nous a légué l'histoire.

La lutte pour le Droit a légitimé nombre de prestations aujourd'hui licites. La théorie de l'objet a par conséquent confirmé que l'ordre public exerce une fonction de légitimation : cette légitimation porte sur une permission ou sur une interdiction car la permission et l'interdiction font parties d'un plan politique d'ensemble.

L'ordre public sert aussi à légitimer la lutte pour le Droit en ce sens qu'on prétend que l'ordre juridique contre lequel on combat n'est pas conforme aux idées du moment, au plan politique. La notion d'ordre public explique la lutte et justifie son résultat.

§ 6. — LA CAUSE.

La cause est la raison d'être de l'obligation : le Droit civil est obligé de considérer la cause pour pouvoir sanctionner l'obligation. Il existe un système politique des intérêts juridiquement protégés ; il faut savoir si l'acte envisagé ne contrarie pas ce plan politique.

L'évolution de la théorie de la cause est excessivement intéressante car elle permet de voir les relations serrées qui existent entre l'idée de cause et l'idée d'ordre public.

Le Droit romain et l'ancien Droit nous léguaient une théorie de la cause toute d'ordre logique et s'inspirant seulement d'abstractions juridiques. La cause, par le fait qu'elle est la raison d'être de l'obligation est la réponse à la question « *cur debetur* ». La réponse du Droit romain, longtemps accepté, était non pas psycho-

logique et sociologique, mais simplement logique et juridique. Dans les contrats synallagmatiques, les obligations réciproques, en elles-mêmes, se servent de cause l'une à l'autre. Dans les libéralités, la cause est, invariablement, *l'animus donandi* ¹.

Ce n'est que par la théorie de la cause impulsive et déterminante que cette notion a changé de sens et de fonction ; on dit généralement que la théorie de la cause impulsive et déterminante représente une intervention plus active du juge dans le domaine du contrat et on rapproche son attitude à celle d'un gouvernant exerçant une activité politique. Cela est vrai, mais il ne faut pas croire que la conception de la cause qui nous vient du Droit romain était dépourvue de tout sens politique. Les anciens nous ont transmis une conception de la cause : le « mobile-but intrinsèque et abstrait ² ». C'était là toute une politique en faveur des contrats. On pensait que le contrat était menacé d'une intervention perpétuelle et d'une révision constante par le fait qu'on voulait rechercher le but que les parties avaient poursuivi en contractant ; il fallait interdire à tout prix une pareille enquête et il fallait se contenter de la cause abstraitement envisagée. Ce fut un préjugé, une idée-force qui longtemps domina le Droit civil ; on voyait une menace constante pour le contrat dans un pouvoir trop étendu du juge.

La sauvegarde du contrat en elle-même était une idée, une idée-force qui a longuement dominé toute la théorie de l'acte juridique ; c'était aussi une idée-force qui a régi cette technique spéciale en vue d'assurer le respect des conventions. Mais par le temps, il est arrivé que d'autres considérations ont commencé à préoccuper le législateur et le juge ; ainsi le besoin

1. Josserand, II, p. 66.

2. Josserand, II, p. 65.

d'empêcher ou d'interdire certaines actions contre lesquelles on avait mobilisé l'esprit public et passé avant le respect du contrat. Le juge est arrivé à bénéficier d'un véritable droit de visite des opérations contractuelles selon la cause impulsive et déterminante.

Examinons la formation de la théorie de la cause et ses évolutions. Entre les points extrêmes : l'attitude anticausaliste de M. Planiol et la théorie de la cause impulsive et déterminante de la jurisprudence, il existe des positions intermédiaires qui sont autant de solutions au problème du contrôle judiciaire des relations juridiques par rapport à un plan politique.

Les biens s'acquièrent par la volonté privée, par la convention. Le respect de l'ordre conventionnel est d'ordre public dans notre système actuel.

Mais la distribution des biens et la protection des intérêts obéissent à un plan d'ensemble : le juge doit observer ce plan et en assurer le respect.

Les conventions peuvent établir une situation contraire à ce plan : des situations immorales ou illicites. Le juge devra les sanctionner.

Examinons les solutions proposées.

1° *La cause du Code civil ou le mobile-but intrinsèque et abstrait*¹.

Si la cause d'une obligation indique la raison d'être de cette obligation, le Code civil et les auteurs qui l'ont précédé se contentaient d'une cause toute juridique et abstraite ; ils considéraient comme insuffisante l'existence de « l'*animus donandi* » dans les libéralités et l'existence d'une obligation correspondante et réciproque dans les contrats synallagmatiques.

La cause ainsi entendue permet au juge de contrôler le contrat ; mais il n'a à se prononcer que sur l'existence et sur l'erreur de la cause ; il empêchera ainsi

1. Jossierand, II, p. 65.

les malentendus juridiques ou certains enrichissements injustes ¹.

La censure du juge peut s'étendre sur la juste représentation de la cause et il protégera ainsi une personne victime d'une erreur ou d'un dol.

Dans ces cas, le juge exerce incontestablement une surveillance policière des relations contractuelles par rapport à l'ordre public ; il est en effet d'ordre public de ne pas s'enrichir injustement et de ne pas tromper les autres sur la nature de l'opération entreprise. Suivant cette théorie les pouvoirs du juge sont assez réduits si on les compare aux possibilités que lui ouvre la théorie de la cause impulsive et déterminante ; cette réduction, cette limitation s'explique par le désir de protéger l'acte juridique en tant qu'institution.

Le juge ne peut que voir si les éléments juridiques de l'opération se trouvent réunis au complet ; pour le reste, son action est réduite au néant.

En théorie classique, et M. Julliot de la Morandière confirme ce point de vue, la cause ne pouvait pas autoriser le juge à rechercher les conséquences sociales de l'opération.

Bientôt cette conception étroite a été dépassée. M. Planiol avait presque raison de dire qu'ainsi entendue, la théorie de la cause était fausse et inutile. La cause abstraite, « l'*animus donandi* » délibéralité, ne pouvait faire tomber presque aucune donation « si répréhensible que soit le but du donateur ² ». Les applications jurisprudentielles de la cause ainsi entendue peuvent s'expliquer beaucoup mieux par la théorie de l'objet

1. Tel est le cas d'un héritier qui a pris des engagements pour « exécuter un legs mis à sa charge » et qui « découvre un nouveau testament qui révoque l'ancien » ; en ce cas « l'engagement qu'il avait pris est dénué de cause » (Josserand, II, p. 68) et aussi le cas d'un engagement qui « a pu être pris en vue de parer à une situation qui n'existe pas » (Josserand, II, p. 68).

2. Josserand, II, p. 72 ; Planiol, II.

car dans une cession de maison de jeux, par exemple, c'est bien l'objet qui est illicite.

La jurisprudence n'a pas accepté longtemps une conception aussi stricte de la cause : elle l'a considérablement élargie et a échafaudé la théorie de la cause impulsive et déterminante¹.

Dans les contrats synallagmatiques la cause serait d'après la théorie classique, la prestation réciproque. Ainsi, dans la vente « le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose parce qu'il veut recevoir le prix que doit lui payer l'acheteur ; l'acheteur s'oblige, de son côté, à payer le prix parce qu'il veut devenir propriétaire².... »

Il faudrait, selon la théorie classique, distinguer la cause du motif, « le mobile personnel à chaque individu, variable avec chaque contractant, qui a inspiré au débiteur, le désir de s'obliger³ ». Le motif, le mobile individuel, devrait rester étranger au Droit car ce serait une grave menace pour le respect dû aux conventions que de permettre une discussion d'ordre psychologique. Le juge n'a, dit-on, pour le guider, aucun critérium précis.

Mais la jurisprudence prend de plus en plus en considération les motifs des opérations et des relations juridiques qu'elle sanctionne suivant le caractère licite ou illicite de ce motif.

2° *La cause impulsive et déterminante.*

« La conception classique de la cause est trop étriquée parmi les mobiles auxquels les parties ont obéi, elle ne

1. « Nous verrons même que les Tribunaux ont élargi considérablement le sens de l'expression et qu'ils confondent souvent deux notions que les auteurs distinguent avec soin, la cause et le motif » (Capitant, II, p. 54). Il ressort de là que certains auteurs évitent de s'occuper des motifs par crainte de sombrer dans des difficultés psychologiques inextricables.

2. Capitant, II, p. 55.

3. Capitant, II, p. 54.

retient qu'une certaine catégorie, ce qui correspond dans leur pensée au but immédiat de leur engagement, laissant ainsi hors de son emprise toute une pléiade de mobiles les plus variés, les plus intéressants, les plus vivants, à savoir les mobiles concrets, les mobiles individuels, que l'on qualifie ordinairement de motifs. Une personne a remis gracieusement une somme d'argent ou un immeuble à une autre personne ; elle a été animée de l'esprit de bienfaisance, du désir de gratifier l'acquéreur ; voilà la cause au sens classique du mot ; mais pourquoi cette personne a-t-elle agi ainsi ? Pourquoi a-t-elle consenti cette libéralité ¹ ? »

La jurisprudence était sollicitée chaque jour en vue d'accorder la protection contre un engagement qu'on prétendait être illicite ou immoral ; la théorie classique ne lui permettait pas d'agir ; l'ordre public était ainsi troublé.

C'est pour étendre ses pouvoirs de police sur les relations juridiques en vue d'examiner l'esprit qui les anime et les conséquences sociales qu'elles produisent et cela toujours par rapport à l'ordre public qu'a été créée la théorie de la cause impulsive et déterminante. Le pouvoir judiciaire peut ainsi mieux défendre les institutions politiques actuelles.

On protège la famille légitime en annulant, pour cause illicite, les libéralités consenties aux enfants adultérins ou incestueux ², les libéralités entre concubins, lorsqu'elles sont consenties en vue d'établir, de prolonger, ou de rémunérer ces relations irrégulières ³. On protège également la famille légitime ou plutôt l'institution de la famille légitime en annulant, encore pour cause

1. Jossierand, II, p. 75.

2. Jossierand, II, p. 77 et III, n° 1430.

3. Capitant, II, p. 60, Jossierand, II, *idem*. Req., 8 juin 1926. D. P. 1927. 1. 113, note Savatier.

illicite une convention qui tend à une séparation amiable¹ des époux.

La théorie de la cause impulsive permet d'assurer le respect de l'usage traditionnel et moral des biens ; la jurisprudence sur les maisons de tolérance (bail, vente d'immeubles, contrat en vue de leur exploitation, louage de service, etc.) est très abondante², il en est de même pour les maisons de jeux³.

Le caractère de mesures de police, des sanctions juridiques en matière de cause illicite, ressort de l'application de la règle « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* ». Logiquement les effets de la convention devraient disparaître avec la convention annulée. Si, par exemple, le prix a été payé, il devrait pouvoir être répété⁴, la jurisprudence accorde cette répétition, mais suivant des distinctions. Si la cause d'une obligation est immorale, le Droit va jusqu'à autoriser un enrichissement sans équivalent par l'application de la règle « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* ». On a établi ainsi une sorte d'appauvrissement punitif⁵.

Il faut dire enfin, toujours à propos de la cause, qu'elle ne doit pas être expressément indiquée dans un acte. La primauté du contrat en tant qu'institution politique, veut que la convention soit valable, même si la cause n'est pas exprimée (art. 1132 C. civ.).

Ainsi entendue, la cause est un critérium supplémentaire qui permet au juge de contrôler largement l'esprit

1. Jossierand, II, *id.* Pour se rendre compte de la lutte pour le droit de se séparer à l'amiable, voir Savatier. *Revue trim.*, 1931, p. 938 et *supra* pour ce que nous venons de dire à propos du divorce. Voir aussi la thèse de M. Katz citée.

2. Jossierand, II, p. 78, voir aussi Civ. 15 décembre 1873. D. P. 74. 1. 2228 ; Req., 11 novembre 1890, D. P. 91. 1. 484 ; 11 juillet 1905. D. P. 1906. 1. 72.

3. Jossierand, II, p. 78.

4. Capitant, II, p. 61.

5. Capitant, II, *idem*.

dans lequel s'exercent les relations juridiques, par rapport à l'esprit du Droit objectif.

La répression par une action en nullité, pour absence de cause ou pour erreur sur la cause, de l'enrichissement injuste, est sûrement une mesure de police ; elle est par conséquent une mesure d'ordre public.

La théorie de la cause impulsive et déterminante permet de pousser encore plus loin ce contrôle déjà existant : on sanctionne maintenant aussi les conséquences sociales d'un acte, valable en apparence, mais contraire à l'ordre public par certains de ses effets.

La théorie de la cause n'est qu'un moyen qui permet d'assurer le respect de l'ordre public.

Le changement intervenu dans la liste des causes considérées comme illicites, immorales ou contraires à l'ordre public, témoigne de l'existence de la lutte pour le Droit ; le changement opéré vaut reconnaissance du caractère licite pour certaines opérations jusque-là interdites ; c'est le résultat de la lutte pour la prérogative juridique.

L'ordre public a encore mobilisé l'effort social : premièrement, en vue de la conservation des idées anciennes ; ensuite, pour le respect de l'ordre acquis.

La lutte pour le Droit a été portée au nom de l'ordre public.

Le nouveau Droit subjectif qui vient d'être acquis s'est intégré dans l'ordre juridique et fait partie, par conséquent, de l'ordre public.

CHAPITRE II

LE DÉLIT

La notion de délit ¹ nous ramène à l'idée d'illicite ². Il existe un commerce juridique légal, socialement accepté, admis, mais il existe aussi des faits interdits : les délits.

Le contrat ³ est incontestablement une manifestation de deux volontés accordées, c'est un acte de volonté. Le délit et le quasi-délit aussi résultent d'un acte de volonté, mais le fait qui en résulte, l'exercice de la volonté dans un certain sens qu'on a convenu d'appeler délictuel, est illicite. Si les faits fautifs se distinguent juridiquement selon les peines qui les frappent, ils sont cependant, sociologiquement, de la même nature : il y a toujours une activité que la société ne tolère pas, qu'elle réprime par des moyens divers, avec une force variable.

Il est extrêmement difficile de définir le délit, de fixer la marge qui sépare le permis de l'interdit.

Si le délit est un « fait de l'homme qui cause un préjudice à autrui » (art. 1382 C. civ.), il faut remarquer tout de suite que presque tous les faits du commerce juridique se traduisent par un certain préjudice causé

1. Quand on parle de délits en général, on fait, en quelque sorte, la théorie de l'acte interdit comme on fait, en parlant du contrat et de l'acte juridique, la théorie générale de l'acte permis. La théorie de l'acte délictuel comprend par conséquent les interdictions ainsi que la protection des sujets de droit si l'interdiction a été enfreinte.

2. Voir R. Capitant : L'Illicite.

3. Le contrat est une espèce du genre de l'acte juridique volontaire.

à quelqu'un, il n'y aurait vraiment que la donation qui n'en causerait aucun ; elle est en tout cas l'appauvrissement par excellence, et encore faudrait-il envisager, peut-être, la diminution du patrimoine du donateur par rapport à la perspective successorale des héritiers.

Si tel est l'état des choses, le problème de la définition du fait délictuel est très important, étant donné que tout fait, tout acte juridique, peut présenter certains côtés préjudiciables à quelqu'un, donc fautifs.

Dans l'analyse du délit il faudrait bien se garder d'une conception un peu pessimiste du Droit.

Il faudra donc chercher un critérium pour la définition du délit : c'est à quoi se sont efforcés la doctrine et la jurisprudence, en discutant sur la notion de faute.

« En évoquant la notion de faute, le législateur s'est référé à l'une des notions les plus vagues, les plus fuyantes qui existe dans l'ordre juridique ; c'est à dessein qu'il est demeuré dans l'imprécision : il s'est contenté de poser un principe et il s'en est remis au juge du soin d'en assurer l'application, lui confiant ainsi une des missions les plus délicates et des plus redoutables qui soient ¹. »

Il ressort de cette définition du problème qu'il existe une certaine activité humaine antisociale ou asociale par elle-même ou par l'esprit qui s'en dégage. Ce sont les faits délictuels. Qu'est-ce qui les distingue des autres ? Quelle est, en réalité, la faute ? Une personne qu'on dénonce aux juges comme étant l'auteur d'un délit, afin d'exiger d'elle une réparation, une indemnité, peut se défendre, s'exonérer, en démontrant que son action n'est que l'exercice d'un droit ².

La question de la responsabilité est extrêmement

1. Jossierand, II, p. 219.

2. « l'auteur du fait dommageable doit échapper à la responsabilité... s'il démontre que ce dommage ne lui est pas imputable à faute. Il en est ainsi dans les divers cas ci-après : a) lorsque l'auteur du fait préjudiciable a usé d'un droit en accomplissant le fait en question..... » (Capitant, II, p. 167).

changeante, justement à cause du caractère mouvant, variable, de la liste des Droits subjectifs et, réciproquement, à cause des variations que subit la liste des faits délictuels.

Cette variation est justement révélatrice d'une lutte pour le Droit.

Nous croyons que la tentative de définir le délit comme un « manquement à une obligation préexistante ¹ », n'est pas tellement irréalisable ² ; sans doute, est-il beaucoup plus facile de dire que tel fait qui nous porte préjudice est un délit et de réclamer un dédommagement qui est suffisamment justifié par cette seule qualification.

On se présente ainsi devant le juge puissamment soutenu par la situation de victime dans laquelle on se place tout seul : un grand pas est déjà franchi en vue de la légitimation de la demande, mais en réalité un délit ne peut se concevoir que dans un cadre social de délimitations réciproques, dans le cadre d'un immense réseau obligatoire, dans lequel nous sommes tous enserrés ³. Certains auteurs ont cependant bien raison de dire que « c'est le délit qui est générateur de la responsabilité ; c'est en réalité ce fait qui, conformément à la terminologie consacrée, est source d'obligations ; il est une cause plus qu'une résultante ⁴ ».

Sans doute, quelqu'un qui se plaint d'un dommage subi, n'éprouve pour ainsi dire ce dommage et surtout ne se décide à se plaindre, qu'autant que la norme objective considère le fait incriminé comme un délit. La

1. Planiol, Ripert, II, n° 863 et suiv. Jossérand, II, n° 422.

2. Cette tentative est même, sociologiquement parfaite car un droit n'est vraiment tel, que par la protection sociale qui l'accompagne, et par le fait qu'il est reconnu comme tel par la masse. L'atteinte au droit doit être statistiquement une exception et non pas un fait quotidien et courant. A un droit correspond toujours une obligation de ne pas porter préjudice à ce droit.

3. Jossérand, II, p. 219.

4. Jossérand, *idem*.

réclamation et aussi la défense sont dominées par des considérations sociales. Il en est ainsi parce que certains faits sont traditionnellement réprimés (l'atteinte volontaire à la personne physique par exemple). La prétention à une réparation est justifiée par la seule qualification, par le seul classement dans l'ordre délictuel.

Il n'est cependant pas moins vrai que le châtement de l'agresseur ne se justifie que par l'existence à sa charge d'une obligation : celle de s'abstenir de commettre le fait incriminé.

Sociologiquement, l'explication du délit par un réseau obligatoire, ainsi que l'ont tenté MM. Planiol et Ripert, se justifie à merveille. Il ne faut pas oublier que la responsabilité a son origine très ancienne dans la vengeance privée : c'était la victime qui était seul juge de la responsabilité de l'individu. La responsabilité n'est devenue sociale que par la reconnaissance, par la masse, de certains faits comme délictuels et par la répression sociale et juridique de ces faits. Sur chacun de nous pèse l'obligation de ne pas léser l'ordre juridique établi.

La question de la définition du fait délictuel a une importance pratique considérable : un minimum de sécurité sociale exige qu'on soit parfaitement renseigné sur ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. Cette exigence est d'autant plus impérieuse qu'on croit aux vertus du droit préétabli, à une primauté de la loi écrite. Cette définition paraît indispensable : M. Julliot de la Morandière s'occupe largement dans le Cours qu'il a fait sur la notion d'ordre public, à propos de la sécurité et du problème de l'arbitraire, des appréhensions manifestées à ce sujet par certains auteurs de l'école classique. En effet, du moment qu'on pose comme principe qu'en dehors du texte il n'y a pas de droit, mais seulement l'arbitraire, toute définition extra-légale de l'acte illicite ne peut apparaître que comme une grave menace

d'arbitraire. Nous croyons tellement aux vertus du texte que toute imprécision législative semble intolérable. La précision de la notion de faute en Droit pénal, semble être d'ordre public : on exprime cela par la maxime « *nulla pœna sine lege* » ; il n'y a de fait fautif que ce qui est reconnu comme tel par la loi.

En Droit civil, le fait générateur de responsabilité porte le même nom de délit, mais la responsabilité n'a pas seulement un caractère de peine¹, mais aussi un caractère de réparation, de compensation. Si, pourtant, dans le régime actuel; il nous est en quelque sorte permis de tout faire au moyen d'un acte de volonté car c'est par des relations d'homme à homme que nous arrivons à tout réaliser du commerce juridique, il faut que ce commerce s'exerce conformément à la règle de Droit et à son esprit.

Nous n'avons pas un texte qui définisse avec la même ampleur la liberté conventionnelle que celui qui définit la matière délictuelle. La liberté de l'acte juridique nous permet de tout faire, mais l'article 1382 nous dit que toute notre activité est susceptible d'être considérée comme délictuelle du moment qu'elle porte préjudice à quelqu'un. Comment fixer la limite entre le licite et l'illécite ? La liste des obligations préexistantes dont l'établissement a été tenté par MM. Planiol et Ripert n'est pas impossible. C'est d'ailleurs ce qu'on fait couramment en étudiant les précédents jurisprudentiels. Le seul reproche qu'on puisse faire à cette tentative est celui de ne pas représenter un véritable critérium : elle ne vaut que pour le passé et pour le présent. Il est vrai que le précédent juridique aura toujours une tendance à se répéter, à se généraliser, mais on ne pourra jamais

1. Il serait difficile de nier à la responsabilité civile tout caractère répressif, la compensation accordée à titre de dommages et intérêts a encore un caractère pénal très prononcé : la faute délictuelle est plus grave que la faute non intentionnée, quasi-délictuelle. (Josserand, II, p. 219).

dire que d'autres faits, dans d'autres circonstances, ne seront pas considérés à l'avenir comme des délits. La prévisibilité est impossible. La lutte pour le Droit légitimera, ou essaiera seulement de légitimer, pour le faire passer pour l'exercice d'un droit, un fait jusque-là considéré comme fautif ; inversement celui qui a subi une atteinte à son patrimoine ou à sa personne, atteinte jusque là considérée comme légitime aura toujours la tendance de s'en plaindre et à présenter cette atteinte comme injuste et comme génératrice de réparation. Il ressort de là que la lutte pour le droit, toujours rencontrée et signalée, est ici particulièrement ardente. La théorie de l'abus de droit, formée en matière de responsabilité, est présentée comme une annexe de la théorie générale du délit civil. Elle nous montre le besoin que la doctrine ressent à fondre, dans un tout cohérent, nombre de revendications isolées de prérogatives juridiques.

Il faut rechercher le rapport existant entre l'idée d'ordre public et l'idée de responsabilité. Si l'on pose comme prémisses l'idée que la responsabilité est une mesure de répression, la responsabilité revêt à coup sûr, dans son ensemble, un caractère d'ordre public. Ce serait en effet le meilleur exemple d'une concentration de toute l'énergie sociale tendant à la destruction des activités antijuridiques ou ajuridiques. Le Droit civil exerce en l'occurrence encore une fonction de police. Ce caractère répressif ressort principalement de l'interdiction de s'exonérer de la responsabilité délictuelle par un contrat passé avant l'accomplissement d'un délit¹.

Si l'on suppose qu'un arrangement est intervenu

1. M. Capitant donne une autre explication à cette prohibition, explication qui ne se rapporte pas moins à l'ordre public : « si elle n'existait pas, les individus seraient perpétuellement en guerre les uns avec les autres et chacun chercherait à se venger du dommage que l'autre lui aurait causé » (Capitant, II, p. 78).

« antérieurement au fait illicite¹ », « il serait intolérable qu'on put stipuler l'irresponsabilité à raison de ces fautes intentionnelles, une telle clause serait exclusive de toute responsabilité et de toute moralité² ».

En plus, « il faut se rappeler que la faute lourde est traditionnellement assimilée au dol ; elle comporte donc le même traitement ; contre la faute intentionnelle et contre la faute lourde toute réserve conventionnelle est impuissante³ ».

La convention, et la volonté privée sont impuissantes pour diminuer le principe même de la responsabilité. Il est cependant intéressant de signaler comment était résolue la difficulté qui naissait d'un contrat d'assurance contre un délit. On a décidé qu'on pouvait s'assurer contre les dommages et intérêts qu'on aura à payer comme conséquence d'une faute commise. Cette solution est justifiée parce que, dit-on, celui qui s'assure « ne prétend pas se soustraire à cette responsabilité⁴ ». On veut seulement régler les conséquences « de la façon la moins désagréable et aussi la plus profitable pour la victime⁵ ».

On serait tenté de préciser davantage le rapport qui existe entre la responsabilité délictuelle et l'ordre public. A l'état actuel des choses il semble bien que ce qui est d'ordre public, c'est la responsabilité envisagée en elle-même. Si dans le délit pénal la répression est essentielle et si cette répression se réalise en dehors de toute compensation, en Droit civil la répression se con-

1. « Présentée sous cette forme, la responsabilité apparaît évidemment comme une mesure de police, destinée à sauvegarder la paix sociale » (Josserand, II, p. 281).

2. Josserand, *Idem.*, p. 252. Voir note Labbé, S. 1876. 1. 337.

3. Josserand, II, *idem.*

4. Josserand, II, *id.*

5. Josserand, II. « Le contrat d'assurances est même en quelque mesure avantageux pour les victimes d'une faute éventuelle car il assure leur indemnisation » (Capitant, II, p. 77).

fond avec la compensation. Elle provient en quelque sorte de cette dernière.

Il y a là une idée mercantiliste, lentement élaborée et graduellement généralisée. Déjà dans l'ancien Droit romain la réparation ne porte plus sur la personne du coupable, mais sur son patrimoine¹. Si l'on tient compte du fait que la majeure partie et les plus graves des délits contre la personne et contre les biens, sont d'ordre pénal, on constate que depuis lors, la marche de la responsabilité et du mercantilisme envahissant ont été parallèles ; tous les intérêts ont une tendance très marquée à devenir susceptibles d'estimation pécuniaire et par là, tous les dommages par eux subits peuvent être réparés au moyen d'une indemnité en argent. Ce qui est aujourd'hui contraire à nos mœurs c'est bien l'encouragement au délit et non pas l'estimation et les tractations portant sur un fait délictuel.

La responsabilité s'est élargie et humanisée. Certains auteurs emploient, peut-être plus justement encore, le terme de démocratisation de la responsabilité². Il existe en effet un lien très serré qui unit le développement et l'extension de la responsabilité à la tendance politique du jour.

C'est dans les masses que se recrutent les victimes des accidents de travail. Ces accidents ont posé ces derniers temps les problèmes les plus nouveaux et les plus ardues. Un élargissement de la responsabilité était une politique en faveur des masses.

L'élargissement de la responsabilité a été réalisé par la théorie du risque. Il est très intéressant de suivre l'apparition et la mise en œuvre de cette idée. Qui dit risque, dit perte. Le terme ne résoud rien par lui-même, car il faut savoir qui supportera la perte en dernier lieu.

1. Capitaneus, II, p. 165. Girard, *Manuel de droit romain*, p. 401 et suiv. cité.

2. Ripert. La démocratie et le droit civil.

De même qu'en matière de vol, où on parle de risque au même titre, il faudrait s'occuper de rechercher qui est celui qui supportera le risque. La question n'a même pas été posée en ces termes en matière de responsabilité : on a dit que certaines industries, que la propriété même étaient génératrices de risques. Il serait impossible de faire abstraction du caractère politique de la théorie décrite : c'est là une mesure, une théorie, toute en faveur des classes laborieuses, puissamment inspirée par certaines idées socialistes. C'est une interprétation profondément hostile au capital, qui se rapproche assez de certaines impositions, de certaines mesures d'ordre fiscal, de certaines expropriations.

Encore une remarque : la responsabilité a été modifiée selon qu'on désirait protéger certaines industries, insuffisamment sûres, mais pleines de promesses pour l'avenir ; frapper ces industries de la responsabilité de Droit commun était pour elles une menace grave ; leur développement intéressait la politique au plus haut point ; tel est le cas notamment des industries de transport aérien ¹.

L'ordre public spécialement intéressé dès qu'il s'agit d'une activité délictuelle, intervient selon la théorie classique, en matière de responsabilité, surtout à propos des clauses d'exonération : c'est au nom de l'ordre public qu'on annule les conventions de ce genre.

Mais ce n'est là qu'un aspect du problème. En effet, du moment que la répression d'une certaine action illicite est de rigueur, la discrimination du licite par rapport à l'interdit est elle-même d'ordre public. L'action permise, le fait licite fait partie d'un plan politique qui

1. La loi du 31 mai 1924 (art. 48, Cbn., art. 42) permet l'exonération de la responsabilité qui découle des risques de l'air ainsi que des fautes commises par le personnel navigant (Josserand, II, p. 257). « Cette décision exceptionnelle s'explique par les risques particuliers qui sont inhérents à la locomotion aérienne et par le désir de ne pas arrêter, par des mesures trop rigoureuses, l'essor de la jeune industrie » (Josserand, II, *id.*).

est à réaliser et sur lequel il faut ajuster les faits et les relations humaines. Nous sommes par là de nouveau ramenés à une question de conformisme social : nous sommes obligés de nouveau à faire appel à la notion abstraite et idéale de « *bonus pater familias* »¹.

Le plan politique doit être réalisé dans une atmosphère d'adhésion libre, consciente et totale. L'élan social ainsi produit, agit aussi en un sens négatif et exige la répression de toute activité non conforme. La volonté sociale s'exerce en vue de ces buts et ne tolère aucune action contraire.

Mais, soit à force de tentatives isolées mais persistantes, soit au moyen d'une action politique générale, on parvient à ébranler la structure première de la règle de Droit, ou celle du plan politique qui la contient. On arrive ainsi à lui substituer une autre formule politique et aussi un autre ordre juridique objectif.

La matière de la responsabilité est très sensible à ce genre d'action sociale : c'est au moyen de la distinction du licite et de l'illicite qu'on est parvenu à présenter comme délictuels et générateurs de responsabilité certains faits jusque là permis. En réalité, il s'agit là d'une lutte pour le Droit, pour la prérogative juridique. Si par

1. C'est la théorie de M. Capitant (II, p. 180) qui nous semble la plus juste, car elle traduit pour le mieux cette idée de conformisme par rapport au plan général politique. Nous nous permettrons seulement de substituer à l'expression « d'homme diligent » celle de « *bonus pater familias* » car la diligence seule ne suffit pas : le Droit exige un conformisme absolu ; on lui doit non pas seulement un acte d'obéissance mais un acte de confiance et peut-être un acte de foi. Il ne faut pas oublier qu'à la liste des obligations préexistantes dont parle MM. Planiol. et Ripert correspond la règle de droit et son esprit ; cette règle de droit est la carte de conduite du « *bonus pater familias* » personnage abstrait mais idéal et parfait à tous les points de vue. C'est aux vertus de ce personnage qu'il faut se rapporter continuellement. Il incarne par définition l'ordre public dans toutes ses attitudes, soit qu'il défend soit qu'il combat pour un principe. La responsabilité est un de ces principes fondamentaux. Le « *bonus pater familias* » est en quelque sorte doué d'un instinct supérieur, lui permettant d'opérer une discrimination salutaire de ses actions. Il ne porte jamais atteinte à l'ordre public, à l'ordre de droit.

la lutte pour le Droit on parvient à légitimer une action jusque-là interdite, on parvient du même coup à modifier la règle de Droit en elle-même et le plan politique qu'elle sanctionne. Un exemple nous éclairera : si on reconnaît à un concubin le droit à une indemnité contre la personne qui a causé la mort de sa compagne, on rompt avec la solution traditionnelle, tout en faveur du mariage, qui accordait aux seuls époux légitimes un droit pareil. Ce droit a été pourtant reconnu ; c'est en ce sens qu'on peut parler « d'avènement du concubinage ¹ ». Le plan politique de la société que le Code civil régit, était incontestablement dominé par l'idée qu'il fallait accorder au mariage d'une situation prépondérante et décourager par des mesures complexes, toute tentative destinée à porter atteinte à l'institution du mariage.

Par certains traits de la jurisprudence récente, créatrice de règles de Droit, ce plan initial s'est trouvé altéré.

Du moment qu'il s'agit là d'une question politique, on comprend aisément que l'ordre public fonctionne et s'applique de la même manière que celle décrite jusqu'ici : il monopolise toute l'énergie collective en vue de la mise en œuvre du plan politique, aussi longtemps que ce dernier est considéré comme légitime.

Au moment où il commence à être contesté et surtout à partir du moment où cette contestation s'est généralisée, l'ordre public justifie la lutte contre l'ancienne règle de Droit désormais illégitime : cette lutte se présente comme la promesse d'un avenir meilleur.

Mais aussitôt la lutte tranchée dans un sens ou dans un autre, la règle de Droit qui est restée finalement sur pied sera d'ordre public, car elle s'imposera elle-même comme un plan politique légitime.

1. Josserand, II, p. 221. Voir aussi Josserand. D. H. 1932, chronique, p. 45.

CHAPITRE III

LES LIBÉRALITÉS ; LES SUCCESSIONS

La transmission du patrimoine du mort au vif est un fait de toute première importance pour notre régime politique ; le droit successoral a d'ailleurs été de tout temps l'un des points principaux que les réformateurs ont attaqué ¹.

Ce système, devenu traditionnel, admet une transmission successorale du patrimoine individuel et de nombreux juristes y voient une conséquence capitale du fait que notre économie est basée sur la propriété.

Les critiques n'ont pas épargné le régime successoral de même qu'ils n'ont pas épargné l'institution de la propriété.

L'ordre successoral repose juridiquement sur la volonté de la loi ² ; il représente incontestablement la mise en œuvre d'un plan politique.

L'analyse juridique de la matière des successions nous apparaît donc très claire.

Il existe un ordre légal, résultat d'un plan politique.

A l'intérieur de cet ordre les individus peuvent se mouvoir librement au moyen des actes juridiques.

1. Capitant, III, p. 386 et suiv. Voir aussi pour la position politique du problème des successions, Planiol, Ripert, Maury, Vialleton, t. IV, p. 2 et suiv. ; Lannes de Montebello, *Thèse* Paris, 1917. Voir aussi les critiques adressées par Le Play et son école au principe de l'égalité entre héritiers et les critiques de l'école socialiste du XIX^e siècle (Planiol, Ripert, Maury, Vialleton cités).

2. Vallier : Le fondement du droit successoral en droit français, *Thèse* Paris, 1902.

Planiol, Ripert, Maury, Vialleton, *Les Successions*, p. 8.

Quelles sont les limites de ces cadres ?

Une première limite doit être déduite de la différence qui existe entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit.

Une deuxième limite doit être déduite de la différence entre la donation et le testament.

Une troisième limite résulte de l'existence d'une réserve légale.

Une quatrième limite résulte de certaines incapacités de donner et de recevoir ¹.

Ces barrières n'étaient pas suffisantes ; on en a construit d'autres : ce sont principalement l'interdiction des pactes sur successions futures et les applications de la théorie de la cause.

Examinons les actes juridiques, possibilités d'action individuelle et l'étendue de ces possibilités.

Le testament est un acte formaliste ², mais c'est un acte traité avec une extrême faveur ; la liberté de tester a été longtemps revendiquée comme droit individuel ³. Envisagé en soi le droit de tester est largement reconnu à l'individu par le Droit positif. Cependant dans sa mise en œuvre, et cela malgré la faveur toute spéciale dont nous

1. Les incapacités de jouissance se rattachent à l'ordre public, « des considérations tirées de l'ordre public ont fait établir en notre matière certaines autres incapacités telles que celles qui frappent les condamnés à une peine afflictive et infamante perpétuelle et qui leur interdit de disposer et de recevoir à titre gratuit » (Capitant, III, p. 703) ; il en est de même des personnes non encore conçues (Capitant, *id.*) ainsi que des enfants naturels pour la limitation de leurs droits (Capitant, III, p. 751).

Ces limitations sont toutes exigées par la protection que les pouvoirs politiques ont accordée à la famille légitime (Capitant, III, p. 751) : dans l'ancien Droit français, les raisons de ces limitations étaient les mêmes (Capitant, III, p. 471).

Malgré l'extrême tolérance du Droit révolutionnaire et malgré l'œuvre transactionnelle du Code civil, malgré la loi du 25 mars 1896, la situation des enfants naturels demeure inférieure. Celui-ci ne peut surtout pas nuire à la famille légitime (art. 337. Ce civ.; Capitant, III, p. 427). Les enfants adultérins et incestueux (art. 762-764 C. civ.) sont traités d'une manière particulièrement sévère.

2. Capitant, III, p. 679.

3. Capitant, III, p. 752 et suiv. ; voir le débat de l'Assemblée Constituante mentionné.

avons parlé, le testament est traité sévèrement comme tout acte juridique dès qu'il porte atteinte à l'ordre public.

Ces affirmations sont confirmées par l'application de la théorie de la cause. L'article 900 Code civil permet de considérer comme non écrite une condition illicite, impossible ou immorale, insérée dans une libéralité. Mais, ainsi que l'observe M. Capitant¹, il faut rapprocher ici la théorie de la cause de la théorie des conditions impossibles ou illicites. Une telle condition et une pareille cause devraient donc, selon l'article 900 Code civil être réputées non écrites.

La pratique s'est vite aperçue que même avec une pareille amputation, l'opération, par son esprit, continuait à gêner l'ordre public. La portée de l'article 900 devait être sensiblement réduite. Victoire de l'ordre public sur l'initiative individuelle ; c'est l'œuvre de la théorie de la cause impulsive et déterminante. Cette théorie n'envisage pas la cause des libéralités comme étant constituée exclusivement par l'*animus donandi*, mais aussi par les raisons décisives qui ont déterminé l'ensemble de l'opération².

Si cette cause impulsive et déterminante va à l'encontre de l'ordre public, l'acte entier doit cesser d'exister : « tout acte contraire à la loi ou aux bonnes mœurs doit être annulé³ ».

L'article 900 du Code civil édicté comme une mesure exceptionnelle en faveur des libéralités, aussi bien en Droit romain qu'en Droit révolutionnaire, ne peut donc gêner en rien l'économie d'un système politique.

Déjà, en dehors de la théorie de la cause impulsive et déterminante, les juristes avaient essayé de limiter

1. Capitant, III, p. 688 suiv.

2. *Id.* Capitant ; Aubry, Rau, Bartin, t. XI, p. 175 ; Orléans, 20 mai 1852, S. 53. 2. 13.

3. Capitant, III, p. 693.

la portée de l'article 900 ; on voulait détruire l'ensemble d'une opération du moment qu'une clause très importante démontrait un esprit contraire à l'ordre public. Tel est peut-être le sens de la controverse sur l'origine — romaine ou révolutionnaire — de l'article 900 du Code civil ¹.

Ce texte a été écarté dans d'autres cas aussi. Cela veut dire que si une libéralité est affectée d'une cause ou d'une condition illicite, immorale ou impossible, l'ensemble de l'opération devra tomber ; il en est ainsi :

1° Pour les libéralités avec charges ² ;

2° Si une libéralité est grevée d'une substitution ; un texte spécial prohibitif existe : l'article 896 Code civil ³ ;

3° Si elle fait échec à la règle donner et retenir ne vaut ⁴.

Les libéralités sont donc étroitement circonscrites dans les limites d'un ordre politique devenu ordre public ; donner est souvent encourager ; on ne peut encourager que ce qui est conforme à l'ordre public.

Il en est de même des conventions englobées sous la dénomination de pactes sur succession future.

Ces opérations demeurent interdites ainsi qu'elles l'étaient en Droit romain ⁵ par l'article 1130 du Code civil.

Les raisons de cette interdiction sont la crainte du « retour offensif aux anciennes pratiques nobiliaires ⁶, et aussi le fameux *votum mortis* immoral et dangereux ⁷.

Pour qu'il y ait pacte sur succession future prohibée, il faut :

1. Capitant, III, p. 697 : « la jurisprudence aboutit à un résultat tout voisin par l'application qu'elle fait, à notre matière, de la théorie de la cause. »

2. Capitant, *id.*

3. Capitant, *id.*

4. Capitant, III, p. 698.

5. Capitant, II, p. 50. Voir aussi Capitant, La prohibition des pactes sur successions futures, *Mélanges Ascoli*, 1931, Nast, *Thèse* Paris, 1905 ; Pascanu, *Thèse* Paris, 1907.

6. Nast, p. 154.

7. Nast, p. 155.

1° Que l'objet du pacte soit une succession future¹ ;

2° Que l'une des parties bénéficie d'un droit éventuel à cette succession².

En dehors de ces hypothèses, il n'y a pas de pacte sur successions futures prohibées, au sens de l'article 1130. L'événement de la mort d'une personne peut valablement constituer le terme d'une opération juridique³.

1. Nast, p. 179.

2. Nast, 179.

3. Capitant, II, p. 52 et la jurisprudence citée.

TITRE IV

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC ET LES NOTIONS AUXQUELLES ELLE EST HABITUELLEMENT RAPPORTÉE

CHAPITRE PREMIER

L'ORDRE PUBLIC ET LE CONTRAT

Le contrat, dans le régime actuel, fait partie de l'ordre public : toute l'économie est à base contractuelle.

L'ordre juridique n'organise pas une distribution étatique des richesses : il laisse aux hommes la possibilité de se les procurer eux-mêmes, au moyen d'échanges ou de relations juridiques privées.

Cela est vrai non seulement pour les intérêts économiques, mais aussi pour les intérêts extra-patrimoniaux. Le Droit de famille, par exemple, est tout imprégné du concept contractuel. Le mariage est un contrat, l'adoption en est un autre.

Considéré comme moyen de subvenir à nos nécessités de tout ordre, le contrat est un point vital de notre civilisation demeurée libérale. C'est là une des assises politiques de notre société.

* * *

C'est pourtant justement à propos du contrat que l'école traditionnelle discute sur l'ordre public et présente ce dernier comme un obstacle à la liberté générale des conventions.

Comment faut-il entendre cela ?

Il s'agit là d'une de ces fameuses contradictions idéales qui existent dans tout ordre politique : celui-ci est inspiré par un système d'idées-forces qui ne vont pas toujours ensemble ; souvent l'une s'oppose à l'autre.

Il en est ainsi de la liberté et de l'égalité par exemple, deux idées dont Bergson a bien montré la contradiction.

Mais qu'y a-t-il de contradictoire entre la liberté des conventions et l'ordre public ?

Si le contrat est un mode de relation juridique, il est aussi par sa mise en œuvre, générateur d'un état de fait.

De même l'ordre public n'est pas seulement l'énonciation des relations juridiques permises, envisagées en tant que relations, mais aussi la liste de faits et d'institutions précises.

L'ordre public représente un plan politique dans toute sa réalité complexe.

Il faut d'ailleurs se rappeler ce que l'histoire nous légue comme mode d'exercice des droits, comme mode d'utilisation des biens, comme procédés de constitution de la famille. Il faut se rappeler ensuite l'énergie par laquelle l'opinion publique peut imposer à son tour, des modalités du même genre, après une révolution politique, pour se rendre compte que, même maintenue, la liberté contractuelle ne peut jamais aller et, effectivement, ne va que rarement à l'encontre de ces indications sociales.

Un esprit conformiste existe, même dans la lutte pour le Droit. On cherche beaucoup plus à légitimer une action en plaçant l'orthodoxie par rapport à la loi qu'en combattant, de front, cette dernière.

Dans un régime comme celui du Droit civil moderne, teinté d'un libéralisme un peu accentué, mais qui nous vient dans nombre de cas, d'un passé très reculé, beaucoup d'institutions sont soumises à un régime libéral et ce régime est d'ordre public. On conçoit d'ailleurs difficilement comment on pourrait les soumettre à un autre

régime. Comment pourrait-on concevoir le mariage en dehors du caractère contractuel qu'il a de nos jours ?

Mais si la liberté contractuelle, principe des relations juridiques, est d'ordre public, si certaines institutions ne peuvent être mises sur pied, de par l'ordre public, que par la voie d'un contrat, l'ordre public est aussi une ordonnance positive des choses, une description et un commandement impérieux, pour l'exécution d'institutions qu'on ne peut altérer. C'est l'aspect classique du problème de l'ordre public ; les hypothèses où on se place habituellement.

L'ordre public, le plan politique est énoncé dans les lois. Un contrat va à l'encontre des commandements de cette dernière ; mais le contrat, en lui-même est également d'ordre public : il crée le droit aussi bien que la loi. A qui le juge donnera-t-il raison ? A la loi ou au contrat ?

Des critères juridiques existent qui permettent une solution de ce conflit.

Il y a en premier lieu le texte même de la loi. Si celui-ci est clair, s'il interdit une atteinte contractuelle à telle de ses prescriptions, la volonté politique est nette : ce contrat sera sacrifié.

La loi omet de se prononcer ; la science du Droit positif a déjà départagé de nombreux cas, en indiquant ceux qu'on considère comme d'ordre public et ceux dans lesquels la volonté privée demeure souveraine.

* * *

Mais il ne faut pas oublier la lutte pour le Droit.

La liberté contractuelle est un intérêt juridiquement protégé, qu'on est porté à défendre et à accroître.

La loi et l'impératif légal sont des atteintes à cette prérogative.

De là naîtra le conflit bien connu entre ceux qui se défendent par la loi et ceux qui attaquent au nom du contrat.

Le conflit est tout politique. Il porte sur ce que la société actuelle a de plus fondamental.

Personne d'ailleurs n'a nié à une lutte pareille le caractère d'ordre public malgré le fait que très souvent elle porte sur des questions qui sont résolues traditionnellement dans leurs propres cadres. Telles sont les questions en matière d'état des personnes ou en matière de propriété. Les lois qui sont très justement rattachées à l'idée de protection intéressent l'ordre public au plus haut point ; elles sont des mesures de police. C'est d'ailleurs à l'occasion de leur application que l'ordre public produit les effets les plus divers.

C'est ici d'ailleurs que le précédent jurisprudentiel ne représente en somme que la valeur d'une résistance — la valeur de la force conservatrice de l'ordre juridique ancien.

En face d'une opinion publique agissante, pénétrée d'idéologie socialiste, les solutions jurisprudentielles qui assuraient l'exclusivité au contrat pour la création de certains droits, ont souvent fléchi. Inversement, on peut supposer une réaction inverse, contre une économie distributive des droits par la loi et en faveur du contrat.

C'est surtout ce caractère mouvant du conflit contrat-ordre public, cette lutte pour le Droit, qu'il ne faut pas perdre de vue.

Il y a là, comme toujours, une tentative de légitimer une prétention d'un ordre quelconque, un essai de le rendre juridique, de le légitimer.

CHAPITRE II

L'ORDRE PUBLIC ET LA LOI

C'est en lois que se cristallisent les plans politiques, les grands courants d'idées qui prétendent diriger les peuples.

Ces lois renferment la promesse d'un avenir meilleur après les crises réelles ou seulement après des maux imaginaires ; il ne faut pas oublier qu'il n'existe pas de réformateur qui ne commence par la critique du présent et par la vision d'un avenir meilleur.

Il ne faut pas perdre de vue que la loi a derrière elle au moins toute une activité de propagande — une révolution en miniature.

Elle est toute chargée de volonté sociale qui tend à se réaliser.

En tant que plan politique, la loi est d'ordre public. Elle est l'ordre nouveau par rapport au mécontentement antérieur ; très souvent elle passe aux yeux des masses comme étant l'ordre tout court, qu'on oppose au désordre désormais aboli.

C'est une chose entendue qu'une fois consacrée, la loi sera journellement confrontée aux faits et que ceux-ci seront jugés par rapport à elle. La loi peut évidemment être muette sur certains d'entre eux ; mais elle ne l'est jamais absolument : son esprit, le climat politique dans lequel elle a été élaborée sont un critérium précieux.

Ce critérium est parfois paradoxal : il peut exiger parfois que la lettre de la loi soit ignorée, car ce n'est pas

la lettre, le texte qu'il faut appliquer, mais bien le climat politique, les idées-forces qui s'en dégagent.

Très souvent, cependant, le texte possède une telle force, qu'il s'impose malgré le fait que, dans son application, il s'avère contraire à l'idée qui l'a inspirée. Il en est ainsi notamment depuis un certain temps, depuis que nous avons commencé à croire de nouveau aux vertus quasi magiques de la lettre du Code. On a enseigné que le texte, que la lettre constitue à elle seule le Droit législatif. La loi est élaborée après maintes discussions, après l'accomplissement de nombreuses formalités, toutes indispensables et essentielles. C'était là aussi une attitude politique car la crainte de l'arbitraire et le besoin de garanties de ce genre sont passés à leur tour au rang d'idées-forces ; elles ont même provoqué une révolution. La déduction logique des vérités contenues dans les articles du Code a longtemps constitué, à elle seule, toute la science juridique.

* * *

Si la loi, dans son esprit et en tant que plan politique est, dans son ensemble, d'ordre public, quelle est sa position à l'égard des faits de la vie quotidienne ?

Ceux-ci lui livrent une lutte ininterrompue ; au Palais, cette lutte n'est qu'une course au conformisme. Les plaideurs essayent chacun de montrer au juge que leurs prétentions respectives, leurs intérêts, s'intègrent mieux dans l'esprit légal que ceux de l'adversaire. Les procès ainsi tranchés se multiplient. On s'aperçoit tout à coup que la lettre de texte a été, en quelque sorte tournée, que le précédent jurisprudentiel a déformé la loi.

Seulement, dans le système actuel, le juge rattachera toujours sa décision à un texte de loi, même dénaturé.

La loi est et demeure d'ordre public.

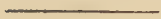
Mais la lutte contre une loi peut devenir d'ordre public

et elle l'est au moment où cette loi passe aux yeux des masses comme injuste, comme inopportune, comme indésirable. Elle attire dès lors contre elle, toute l'attention de l'opinion publique. On l'abroge mais toutes les mesures qui se rattachent à elles sont poursuivies au nom de l'ordre public nouvellement instauré.

Il y a là encore un aspect de la lutte pour la prérogative juridique, pour le Droit subjectif mais qui ne peut être menée que par le changement de Droit objectif.

Si la loi est brusquement et complètement supprimée par le pouvoir législatif et par une activité politique proprement dite, elle peut être sournoisement grignotée par « la révolte des faits contre les codes ».

L'ordre public légal, lui aussi, n'est pas immuable.



CHAPITRE III

L'ORDRE PUBLIC ET LE JUGE.

Il a été dit maintes fois que le Droit en soi, l'ordre juridique, est l'ordre public lui-même et on a ajouté que les luttes continuelles livrées pour l'obtention de prérogatives juridiques intéressent l'ordre public.

Dans cette lutte pour le Droit, quel est le rôle du juge ?

Quel est le rôle du juge par rapport à l'idée d'ordre public ?

* * *

Il existe un ordre légal dont le juge est institué gardien.

Les décisions judiciaires, surtout en Droit moderne, ne peuvent être conçues qu'en tant qu'applications de principes légaux.

Une chose doit être dite cependant : c'est qu'entre la volonté légale et les diverses volontés sociales qui luttent chaque jour, le juge vient s'interposer et jouer en quelque sorte un rôle d'amortisseur.

Sans doute, on peut difficilement concevoir un tribunal franchement hostile à la loi, ou seulement au pouvoir établi ; mais le juge aura toujours tendance à rechercher une ligne médiane, un accommodement pour l'instauration de ce qui doit être à la place de ce qui est.

Entre ce qui est et ce qui, selon l'ordre établi, doit être, il y a parfois une distance énorme.

L'organisation du pouvoir judiciaire, sera ce qu'est cette distance. Il est inutile de remarquer davantage que

plus les plans politiques d'un gouvernement sont révolutionnaires, plus celui-ci aura tendance à modifier de fond en comble l'organisation du pouvoir judiciaire. Tout changement de régime comporte réorganisation du pouvoir judiciaire ; les cadres nouvellement choisis seront composés de personnes plus pénétrées de la nécessité, voire de l'exactitude, du plan nouveau.

Quoi qu'il en soit, le juge est toujours le premier à s'apercevoir des réactions sociales, lors de la réalisation d'un plan législatif.

Il aura tendance, ainsi que nous l'avons dit, à chercher une ligne d'accommodement entre la volonté légale et la volonté sociale.

* * *

La volonté légale est d'ordre public, en tant que plan politique ; mais le juge qui l'appliquera aux situations concrètes aura sûrement une certaine liberté d'action. Cette liberté lui a été finalement reconnue en Droit romain et ne lui a pas fait défaut dans l'ancien Droit.

Il est vrai que, dans chaque procès qui n'est, en réalité, qu'une lutte pour le Droit, on veut toujours limiter son initiative soit par la coutume, soit par la lettre d'un texte. Mais le plus souvent ce n'est là qu'une arme de lutte, une technique qui permet la légitimation d'un intérêt par le conformisme à la règle légale.

L'initiative du juge a été sérieusement limitée, en tant que principe, à partir des grandes codifications napoléoniennes.

La stabilité et la force du nouvel ordre public semblaient assurées par ces codifications. Il est cependant apparu très vite que le texte ne pouvait jamais limiter le juge : celui-ci avait de trop grandes possibilités d'émancipation. Deux situations se présentaient pour lui, dans la lutte pour le Droit qu'il devait arbitrer : ou bien il se

rangeait franchement du côté de l'ordre nouveau, ou bien, disposant de sa liberté de mouvement, il interprétait, même les textes qu'il devait défendre, en faveur de l'ordre révolutionnaire.

C'est pourquoi, en dernière analyse, surtout au moment des dernières transformations sociales, les gouvernements ont préféré composer les tribunaux d'hommes connus pour leur fidélité au régime.

*
* *

Le juge a un rôle décisif dans la mise en œuvre de la notion d'ordre public. C'est lui qui décide si un acte est annulable ou radicalement nul, d'une nullité d'ordre public.

Il se peut donc que le plan législatif, tel qu'il émane du législateur se trouve radicalement modifié par l'interprétation que lui donnent les tribunaux. De là, l'importance croissante de la jurisprudence dans l'étude du Droit positif.

Il faudra donc constater, comme le font beaucoup d'auteurs, sans préjudice aucun pour les conséquences pratiques qui peuvent en découler, que dans le système actuel, où, légalement, le juge n'a qu'un pouvoir d'application et d'interprétation, une fonction d'exégèse, sociologiquement, le juge est une force et non des moindres, dans le maniement technique de la politique.

Du point de vue pratique, il faudra donc retenir :

1^o Que la possibilité de renverser une jurisprudence en se réclamant d'une interprétation de la loi encore plus orthodoxe, reste toujours possible.

2^o Que, du point de vue strictement pratique, encore, la jurisprudence — le précédent — aura toujours tendance à en reproduire ; que, par conséquent, du point de vue de la limitation de la lutte pour le Droit, le Droit jurisprudentiel (et ses solutions pour ce qui concerne la

mise en œuvre de la notion d'ordre public) oppose, en général, une certaine résistance en faveur de l'ordre légal.

* * *

Le juge est l'arbitre de la lutte pour le Droit.

Le cours de M. Julliot de la Morandière est la meilleure analyse qui ait jamais été donnée, de cette œuvre judiciaire pour l'exécution de l'ordre public.

M. Julliot de la Morandière signale le désaccord qui se produit parfois entre la lettre du texte et l'esprit de la jurisprudence ; il constate de même l'existence du Droit jurisprudentiel comme partie distincte, à côté du Droit légal, du Droit positif en général.

Mais M. Julliot de la Morandière se voit obligé de répondre aux critiques que pourraient lui adresser les juristes de l'école classique, les juristes qui croient aux vertus exclusives du Droit légal. La réponse de M. Julliot de la Morandière est qu'il n'y a pas lieu de craindre la déformation du Droit légal — et de l'ordre public légal — par la jurisprudence ; les décisions des juridictions inférieures sont soumises au contrôle de la Cour de Cassation, laquelle présente toutes les garanties désirables.

Sous cette forme, la thèse de l'éminent professeur semble exiger un complément nécessaire : il est évident que les pouvoirs politiques établissent, à l'intérieur même du pouvoir judiciaire, une hiérarchie destinée à assurer l'orthodoxie absolue des décisions jurisprudentielles par rapport à l'ordre légal. Le contrôle de la Cour de Cassation est d'ailleurs destiné à cela, de même que les divers degrés de juridiction. L'écart de l'esprit légal se trouve diminué.

Il ne faut pas oublier cependant que le pouvoir judiciaire est un tout : il se peut que la jurisprudence s'insurge en bloc contre une institution ; les exemples ne

manquent pas : qu'est-ce donc que la théorie du risque ou celle de la cause impulsive et déterminant ?

Les juristes de l'école classique voient dans le texte écrit une barrière à un pareil phénomène, une résistance à toute épreuve contre toute tentative de contradiction et d'opposition à la politique légale.

Il existe cependant un ordre public pour la précision duquel la jurisprudence a beaucoup travaillé, qu'elle a, parfois, créé de toute pièce.

Elle l'a fait en arbitrant la lutte pour le Droit, en départageant les demandes individuelles tendant à des prérogatives juridiques plus amples et plus nombreuses.

Il faut ajouter pour comprendre les faits tels qu'ils se produisent, cette explication du Droit dynamique et processif. Le Droit est une lutte : lutte entre les particuliers, lutte entre ces derniers et l'État, lutte ou si l'on préfère contradiction entre le Droit légal et la jurisprudence.

Cette lutte ne peut être niée : elle doit, au contraire, être considérée et comprise, car ce n'est qu'elle qui nous permet de saisir le sens des contradictions qui pullulent dans la définition de l'ordre public.

C'est ainsi que doit être comprise, à notre sens, l'analyse de M. Julliot de la Morandière.

* * *

La fonction et le rôle du juge sont d'ordre public, car ces deux points tiennent de l'organisation politique.

Les principes juridiques qui limitent son activité (respect du texte légal, par exemple) ont une grande valeur en tant que procédés de légitimation d'une activité que la loi protège.

Inversement, l'initiative, le pouvoir d'interprétation dont disposent les tribunaux, permettent de légitimer d'autres faits que la loi ignore ou qu'elle paraît condamner.

Loin de nous l'idée que le juge n'a aucun rôle dans la délimitation de l'ordre public. Nous dirons même qu'en tant qu'arbitre de la lutte pour le Droit, le juge fixe constamment le contenu de cette notion ; ainsi que nous l'avons dit maintes fois, la lutte pour le Droit se livre au Palais aussi bien qu'au Parlement.

CHAPITRE IV

L'ORDRE PUBLIC ET LA LUTTE POUR LE DROIT

Notre intention a été de faire ressortir de tout cet exposé le fait que le Droit est essentiellement processif. Il est l'effort de trancher un conflit social par rapport à une idée socialement légitime, la lutte pour instaurer un plan politique, la lutte pour défendre l'ordre juridique existant.

Tout acte ne se réalise que par un effort de volonté sociale.

Le groupe n'aspire qu'à croire et à vouloir selon sa croyance. Il a toujours besoin d'une idée pour la conduire et il n'attend que la mobilisation des volontés individuelles éclairées pour réaliser socialement cette idée.

L'accord doit se faire autour de l'une des mille formules proposées. La propagande y pousse, la misère économique y aide, les souvenirs historiques y contribuent, la force y oblige.

La volonté sociale s'exerce immédiatement après cet accord. Toutes les forces sociales sont mises en ligne, chacune a sa place dans le combat.

Un ordre public s'établit, semblable au dispositif d'une bataille.

Imaginons une lutte qui ne cesse jamais, entre deux armées rivales ; imaginons qu'il existe, comme dans toute bataille, des bastillons qui sont vitaux pour la défense et, par là, cibles principales de l'attaque ; tâchons de suivre cette lutte. Des positions sont gagnées de part et d'autre.

Mais rien n'y fait : la lutte se poursuit ; derrière les lignes perdues, d'autres se forment. Si les forces s'épuisent et si la victoire est momentanément gagnée par l'une des parties, le combat éclatera à nouveau à l'intérieur de ses propres lignes du vainqueur. C'est à peu près le spectacle de la lutte pour le Droit.

Nous avons dit qu'une formule politique devenue formule de gouvernement se transforme en ordre juridique.

Cet ordre de Droit devra combattre pour les situations de fait non conformes, qui peuvent bien résister soit politiquement, soit juridiquement.

D'un côté et de l'autre la lutte pour le Droit se livre au nom de l'ordre public, car des deux côtés on essayera de légitimer une idée, un plan, une institution, par rapport à la conscience collective.

La paix qu'on veut substituer à la lutte pour le Droit, une paix qui sera un ordre, une ordonnance sociale, sera un nouvel ordre public.

Cette guerre est conduite pour un but idéal qui est sa raison d'être ; c'est autour de cette idée-force que se groupent les énergies sociales. Cette idée, ce plan, sont momentanément d'ordre public, de la même manière que drapeau est le symbole d'un effort.

TITRE V

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC DANS LA DOCTRINE

LA THÈSE DE M. DE VAREILLES SOMMIÈRES

M. de Vareilles-Sommières est l'un des premiers auteurs qui ait tenté de faire une analyse complète de la notion de l'ordre public et de ses applications ¹.

L'éminent auteur passe tout d'abord en revue les définitions de la majorité des civilistes de l'époque et constate qu'elles semblent toutes reposer sur une distinction bipartite des lois : les lois d'ordre public et les lois d'ordre privé.

M. de Vareilles-Sommières s'efforce ensuite de démontrer que cette distinction est inadmissible, car toutes les lois sont d'ordre public.

Cette expression a, en réalité, trois sens, et n'en a que trois ²; « ordre public » signifie :

a) « Paix publique ³ ; « ordre public » signifie ensuite :

b) « La disposition rationnelle de toutes choses dans un peuple »⁴; et, enfin, « ordre public » signifie :

c) « Le bien public... »

Il est de toute évidence que, dans ce sens, le seul qui peut lui être prêté selon M. de Vareilles-Sommières, toutes les lois sont d'ordre public, car toutes poursuivent l'établissement de la paix sociale, une disposition ration-

1. De Vareilles-Sommières : Les lois d'ordre public et les dérogations aux lois. *Rev. de Lille*, 1899.

2. *Op. cit.*, p. 10.

3. *Op. cit.*, *idem*.

4. *Op. cit.*, *id.*

nelle de toutes choses dans un peuple et l'instauration du bien public.

Cette conclusion s'impose de par la terminologie traditionnelle : une loi qui intéresse l'ordre public est une loi qui a quelque influence sur l'ordonnance des choses dans la société, « intéresser » veut dire « influencer ¹ ». Il serait difficile d'imaginer une loi qui n'exerce aucune influence sur l'ordre social.

Du moment que toute loi est d'ordre public, il paraît certain qu'aucune dérogation à l'ordre légal ou sera tolérée, car, la loi étant le bien et le bien étant unique, toute tentative de substituer quelque chose à l'ordre légal est une tentative de substituer le mal au bien ².

La fameuse question des lois supplétives et interprétatives n'est pas un exemple de dérogation aux lois. Les lois interprétatives et supplétives intéressent l'ordre public au même titre que les autres, car elles suppriment les procès, assurent une certaine sécurité, poussent les particuliers à bien peser leurs engagements et décident justement du sort des conflits en cas d'omission.

Ce que les civilistes désignent sous le nom de dérogation aux lois, c'est en réalité une renonciation aux droits ³; une telle renonciation est possible. Pas toujours cependant. M. de Vareilles-Sommières est amené à constater que même la renonciation aux droits n'est pas permise, dans plusieurs cas ⁴ :

1^o Lorsque cette renonciation est contraire à la morale : les parents ne pourraient pas renoncer au droit qu'ils ont d'élever leurs enfants ⁵ ;

1. M. de Vareilles-Sommières traduit le mot « intéresser » par « avoir un effet sûr » (*op. cit.*, p. 12).

2. Déroger à une loi est, selon M. de Vareilles-Sommières, « désobéir impunément à la loi » (*op. cit.*, p. 60).

3. *Op. cit.*, p. 61.

4. « Mais exceptionnellement la loi défend de renoncer à un droit » (*Op. cit.*, p. 81) lorsque cette renonciation est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

5. *Op. cit.*, p. 81.

2° Lorsque cette renonciation serait un encouragement au crime ¹ comme le serait, par exemple, une renonciation générale et anticipée aux réparations dues pour un délit ;

3° Lorsque le droit auquel on renonce est intimement lié au droit d'un tiers, « à l'intérêt immédiat d'un tiers » ;

4° Lorsque le droit en question n'est pas, à vrai dire, un droit, mais un devoir imposé par la loi (droit de voter, droit d'être soldat ³) ;

5° La renonciation est également inopérante lorsqu'elle émane d'un incapable ;

6° Si elle est faite « sans connaissance de cause et sans liberté suffisante » ;

7° Ou lorsque, encore, l'abdication de ce droit laisserait champ libre à des empiètements, à des confusions, à des querelles, à des conflits, à des procès» ⁵, comme il arriverait pour une renonciation au bornage, au droit de se clore, au droit de demander partage ;

8° Enfin, « la renonciation à un droit est prohibée, comme contraire à l'ordre public, lorsque cette renonciation, sans grand profit pour celui en faveur de qui elle serait faite, entraînerait pour l'autre partie une grosse dépense stérile et diminuerait par conséquent les forces productives de la société » ; tel est le cas de la renonciation à acheter la mitoyenneté.

* * *

Si, d'après M. de Vareilles-Sommières, toutes les lois sont d'ordre public, si, par conséquent, on ne peut déroger à aucune d'elles, si enfin, ce que les juristes appellent

1. *Op. cit.*, *idem.*

2. *Op. cit.*, p. 82.

3. *Op. cit.*, *idem.*

4. *Op. cit.*, p. 83.

5. *Op. cit.*, p. 84.

6. *Op. cit.*, *idem.*

« dérogation aux lois » n'est en réalité que « renonciation aux droits », l'éminent auteur constate lui-même que la renonciation aux droits n'est possible que suivant des distinctions qui font renaître le problème : il s'agit désormais de savoir quand une renonciation à un droit sera permise.

M. de Vareilles-Sommières constate qu'il n'y a pas de « lois d'ordre privé » ; que même les lois dites de protection représentent un point de vue politique.

Mais quelle est la ligne qui sépare la liberté individuelle de la liberté du législateur, qu'est-ce qui est réservé au contrat et quel est le domaine de la loi ?

Il existe pour tout cela une ligne de séparation toujours mouvante, car elle ne cesse jamais de subir les modifications que lui apporte la lutte pour le Droit.

Cette lutte, comme nous l'avons dit tant de fois jusqu'ici, est portée au nom d'idées-forces qui servent à légitimer des intérêts individuels ou collectifs, aux prises avec d'autres intérêts opposés.

Mais la notion d'ordre public reste toujours un plan politique et sa mise en œuvre.

M. de Vareilles-Sommières ne précise rien sur la lutte pour le Droit ; il constate seulement qu'elle existe : il ne définit ni les positions des adversaires ni leurs qualités ; M. de Vareilles-Sommières ne nous dit rien de la lutte entre l'individu et les cadres sociaux qui l'enserrent ; il ne constate que l'existence de droits auxquels on ne peut renoncer.

La lutte des intérêts, les uns légitimés, les autres aspirant à la légitimité, l'arbitrage de cette lutte, le passage de l'ordre ancien à l'ordre nouveau, sont autant de questions qu'il faudrait ajouter, sous la forme d'une analyse sociologique, à l'admirable argumentation logique de M. de Vareilles-Sommières.

LA THÈSE DE M. RENÉ CAPITANT

M. René Capitant n'étudie pas précisément la notion d'ordre public et son fonctionnement. Il a analysé une idée voisine, l'idée d'illicite. Le problème est apparenté à celui de l'ordre public, car on s'occupe dans les deux cas des limites du pouvoir des contrats.

M. Capitant commence par distinguer entre les deux espèces d'impératifs — l'impératif catégorique et l'impératif conditionnel — pour conclure ¹ que la loi est un impératif catégorique et non pas seulement un impératif conditionnel (agir ainsi, et non pas agir ainsi pour éviter telle sanction).

M. Capitant constate ensuite qu'il n'y a pas lieu d'établir une différence quelconque entre les lois impératives et les lois déclaratives, les lois supplétives ; toutes font partie du même ordre légal ; qu'il existe entre ces différentes sortes de commandements une seule gradation de force ². Nous nous permettrions volontiers d'ajouter, une gradation de l'attention publique qu'on leur accorde et, aussi, une différence de l'effort volontaire qu'elles attirent ; mais surtout, une simple différence de mécanisme technique.

Il faut établir une distinction radicale entre les lois juridiques, d'une part, et les lois économiques ou morales, sociologiques, en un mot, les lois scientifiques, d'autre part. Les premières se distinguent des secondes par un commandement : les lois juridiques ordonnent.

Qu'il nous soit permis de signaler une première constatation valable pour l'étude de l'ordre public, à savoir l'unité du Droit législatif. L'ordre public dérive sûrement de l'esprit des lois ; l'ordre public sera ainsi unitaire, car il dérive de la même volonté sociale planiste.

1. R. Capitant, *L'Illicite*, p. 89 et suiv.

2. R. Capitant, *op. cit.*, p. 71, 113 et suiv.

M. René Capitant nous signale ensuite que, si les auteurs ont essayé de distinguer entre la loi et les « standards » et les « directives » ; cette distinction ne devrait pas être faite, car la loi aussi bien que les « standards », composent ensemble l'ordre juridique positif ; les lois, aussi bien que les « standards et les directives » s'appliquent et doivent être considérés comme le Droit pratique d'un moment donné dans un certain pays ¹.

Mais si les auteurs ont été obligés de séparer l'ordre légal des « standards et des directives » et d'en faire deux notions distinctes, c'est parce qu'elles ne coïncident pas ; c'est parce qu'une loi naît dans un climat politique et parce qu'elle peut survivre à ce climat politique ; parce que la loi est constamment travaillée par une lutte incessante pour le Droit.

Il se dégage du remarquable travail de M. René Capitant l'idée très fertile de la parenté étroite qui existe entre le Droit et la politique ; le premier n'est que la légitimation des buts que la seconde s'est donnée ².

Plus on examine, sociologiquement, l'élaboration de la règle de Droit, et M. René Capitant le fait à merveille, plus on gagne la conviction que le Droit n'est qu'un plan imposé à l'acceptation de la masse indépendamment de la vérité qui ne reste ici qu'un moyen de légitimation. Les buts du Droit sont des postulats ; les partis politiques se réclament de postulats contradictoires ; dans beaucoup de cas, la politique se fait par des raisons d'ordre traditionnel ou par des raisons de prestige.

Le travail de M. René Capitant a pour but principal

1. R. Capitant, *op. cit.*, p. 82 et suiv.

2. M. René Capitant s'occupe de la lutte pour le Droit du point de vue de l'orthodoxie par rapport à la règle existante à laquelle il faut obéir.

Il n'existe pas d'acte créateur, semble dire M. Capitant (car créer : c'est renverser par une révolution). « Malgré son nom, cet acte (l'acte créateur) est création non de la règle elle-même mais de la positivité de la règle... Il transforme une règle juridique idéale en règle juridique positive » (*op. cit.*, p. 152).

la fixation d'une terminologie ¹ ; mais il est extrêmement riche en vérités d'ordre sociologique sur le rôle et la fonction de l'impératif juridique.

1. R. Capitant, *op. cit.*, p. 1.

TITRE VI

ANALYSE SOCIOLOGIQUE¹ DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC ET DE SON FONCTIONNEMENT

Nous sommes arrivés au point le plus difficile de ce travail : nous essayerons de jeter un regard sur le chemin déjà parcouru afin d'avoir une vue d'ensemble sur l'idée d'ordre public.

Le Code civil ne donne pas une définition générale de l'ordre public : il ne fait que se rapporter à une notion dont nous sommes censés avoir déjà connaissance.

La jurisprudence, peu soucieuse de théories générales, en fait, elle aussi, un très grand usage, sans essayer de la définir.

C'est à la doctrine que revient, en dernière analyse, la tâche d'expliquer la notion d'ordre public. Comment s'est-elle acquittée de cette tâche ?

LA THÈSE DE M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE²

M. Julliot de la Morandière passe en revue les opinions de la majeure partie des civilistes et constate que les

1. D. Gusti : Cours de sociologie à l'Université de Bucarest, spécialement les cours des années 1928, 1929 et 1930, Idem, *Sociologia Militans. La monographie et l'action monographique en Roumanie* (Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Paris, sous la direction de M. Maunier). : Voir aussi *D. Gusti si scoala sociologica de la Bucuresti*, par M. Vulcanesco, T. Herseni, G. Vladesco, Racaosa Em. Bucuta, Ion Zamfiresco, H. H. Stahl, *Apostol Culea* et O. Neamtu,

2. Cours pour le Doctorat des années 1931-1932 et 1932-1933e. Nous nous occupons en cette place de la thèse de M. Julliot de la Morandière parce que cette thèse est loin d'être exclusivement juridique-statique. Par la notion du conflit qu'il introduit dans l'étude

définitions qu'ils donnent ne s'accordent pas toujours ; mais le trait commun de toutes ces définitions, de toutes ces théories, c'est que la notion d'ordre public sert à assurer la prédominance de la loi et de son esprit, au dépend de l'acte juridique privé : elles accordent toutes à la notion d'ordre public le sens d'expression de la volonté sociale. Et M. Julliot de la Morandière de classer ces nombreuses théories dans deux grandes écoles : l'école sociale et l'école individualiste.

La première serait celle des auteurs ayant une tendance très marquée à restreindre le domaine de l'acte juridique privé au profit de la loi (Droit socialiste), la seconde au contraire, voudrait réduire l'immixtion du législateur et désirerait permettre à l'individu une activité de plus en plus élargie (Droit individualiste). La notion d'ordre public permet au juge de trancher, en faveur de la loi, le conflit entre celle-ci et l'acte juridique privé ; cette notion est d'une souplesse extrême.

Cette explication est incontestablement très juste ; mais nous croyons qu'une analyse sociologique du processus juridique est nécessaire afin de lui ajouter un certain côté dynamique et fonctionnel.

* * *

Il faut justifier la méthode proposée.

Un problème de Droit peut être étudié de plusieurs points de vue :

A. Du point de vue du Droit positif : c'est rechercher la solution qui a été donnée, jusque hier à une situation concrète.

B. Du point de vue scientifique : c'est analyser les

de l'idée d'ordre public, M. Julliot de la Morandière passe dans le camp des sociologues.

La seconde de ses conclusions, la constatation de la souplesse du contenu de la notion d'ordre public, est là pour confirmer cette interprétation sociologique du droit.

concepts juridiques en eux-mêmes (science juridique proprement dite), c'est aussi rattacher les institutions à leurs causes socialement déterminantes (sociologie juridique) et encore suivre les transformations du Droit (histoire juridique).

Envisagé en lui-même le premier point de vue n'est pas satisfaisant à cause de son manque total de perspective.

L'étude du précédent en tant que règle de Droit n'est pas très sûre : il est vrai que ce qui s'est fait marque une tendance de se répéter, par une sorte d'inertie sociale. Si on a légitimé le fait *A*, il faudra bien légitimer aussi le fait *B*, du moment qu'entre les deux situations il existe une certaine ressemblance.

Pas toujours cependant : les revirements de la jurisprudence se produisent assez souvent. Il faut les expliquer, comme il faut expliquer aussi le maintien des jurisprudences constantes.

Les circonstances sociales ne sont pas toujours les mêmes, malgré le fait que le Droit n'a pas changé et inversement, le Droit peut demeurer constant, malgré le changement des données sociales.

Nous croyons qu'il y a là autant de faits desquels il faut rendre compte : il faut étudier, non seulement le Droit, ses concepts et ses institutions en eux-mêmes, mais aussi en liaison avec les facteurs sociaux environnants.

La notion d'ordre public nous rapproche de deux notions fondamentales du Droit : de la loi et de la convention, de la volonté sociale et de la volonté privée, car la majeure partie des auteurs considèrent que l'idée d'ordre public est, en quelque sorte, l'arbitre d'un conflit entre la loi et l'acte juridique. Ainsi présenté le problème de l'ordre public nous pousse à remettre sur le tableau le sens et le fonctionnement de l'idée de Droit en elle-même : c'est le Droit qui tranche de telles difficultés.

Il y a plus : les particuliers doivent, en quelque sorte, tenir et connaître effectivement et à l'avance ce qui est conforme au Droit et ce qui ne l'est pas ; le Droit semble devoir être en quelque sorte préétabli, et cela même dans la conscience sociale. L'est-il vraiment et à quel point ?

Tous ces points seront mieux éclairés par une analyse sociologique.

* * *

Ce qui frappe au premier abord celui qui s'occupe d'une question de Droit est, de toute évidence, le fait que le Droit accorde à une prétention un caractère de légitimité par rapport à une autre.

Comment cette légitimité, cette investiture juridique, est-elle décernée ?

Une fois accordée, demeure-t-elle acquise ?

Il faut se rappeler que le Droit n'entre en action qu'au moment d'un conflit. Savoir de quel côté se trouve le Droit, s'est savoir laquelle des prétentions sera satisfaite, lequel des intérêts sera protégé, et cela au besoin, par la force sociale organisée. On s'aperçoit déjà que le Droit est processif par définition.

Il est évident que toute unité sociale, de par son caractère de groupe, est créatrice d'un plan d'organisation, de sa vie d'ensemble. Ce plan comportera la volonté d'exécution, dans le présent et dans l'avenir. C'est un acte de foi sociale dans un avenir meilleur : pour atteindre cet avenir il faut réaliser le plan. Ce n'est là qu'une définition de l'activité politique : car il est du ressort de la politique de fixer les conditions du développement du groupe, de s'appropriier les idées morales et de les socialiser, d'organiser un plan économique, d'établir une force au service de la défense sociale pour parer aux menaces extérieures et aussi de transformer en règles juridiquement obligatoires le contenu du plan politique composé des éléments énoncés.

Pour que la règle de Droit en soit une, il faut que le contenu du plan politique soit accepté par une majorité de la population ou du moins par la population politiquement agissante. Il faut que le plan soit reconnu ; il faut que les règles qu'il énonce soient acceptées ; il faut que les ordres donnés soient obéis. Dans ces conditions, un pouvoir est légitime, la loi qu'il fait est juste.

M. Julliot de la Morandière signale certaines opinions qui considèrent la loi comme un contrat, comme un accord entre la volonté collective du groupe et la volonté du Gouvernement. Ces opinions ont du vrai et du faux en même temps. Du vrai, car une loi n'est telle que dûment acceptée par les masses. En dehors de cette acceptation, en dehors de cette reconnaissance, la loi est un acte tyrannique. Du faux aussi, car il est pratiquement impossible de pousser l'analogie plus loin, juridiquement parlant. On ne peut parler le même langage en Droit constitutionnel et en Droit civil. Mais cela ne prouve qu'une seule chose : c'est que, sociologiquement, il n'y a que des différences d'ordre technique qui distinguent la volonté du Droit civil de la volonté du Droit public. Les modalités d'exercices sont seules à distinguer l'acte de volonté du Droit civil de l'acte de volonté en Droit public. Cet acte de volonté demeure le même.

Nous avons dit que le plan politique accepté devient règle de Droit du moment qu'il s'est assuré de l'adhésion des masses.

Si la diffusion sociale est indispensable à toute idée d'origine individuelle pour devenir une idée politique, il n'est sûrement pas nécessaire que l'acceptation, que le ralliement, soient absolus. Du moment qu'une importante fraction de l'opinion publique s'est rangée à un plan, celui-ci trouvera sûrement le chemin du pouvoir. Il faudra alors l'appliquer, le réaliser sur le terrain. Cette réalisation est en premier lieu une lutte contre tout ce qui n'est pas conforme au plan. Il n'est pas dit que cette

lutte sera toujours livrée par des moyens violents. La politique dispose d'un arsenal très complet, d'un nombre d'armes considérables et très variées. On peut faire agir quelqu'un dans un certain sens, soit en stimulant son désir de gain, soit en faisant appel à son sacrifice, soit en lui inoculant une certaine mystique, soit, en tout dernier lieu, par la force.

On dit que la force est légitime quand elle se trouve du côté du droit. Mais on ne peut trouver que deux critères sociologiques pour cette légitimité : on peut le comparer soit à une idée, à un plan, soit à l'opinion publique dominant d'un milieu social donné. On peut dire : la force a été légitimement employée dans telle circonstance parce qu'elle a protégé la propriété privée ; si la force appuie la propriété privée dans une société socialiste, cette force est légitime par rapport à l'idée de propriété, mais illégitime par rapport à l'opinion dominante. Inversement, si la force s'exerce contre la propriété dans une société socialiste, cette force est légitimement exercée par rapport à l'opinion dominante, mais son emploi est injuste par rapport à l'idée de propriété.

Les idées dominantes dans une société politique quelconque forment à l'intérieur de cette unité sociale un certain climat d'idéologie politique ; à ce climat politique correspond un climat juridique ; ce climat n'est pas absolu, loin de là. C'est d'ailleurs pourquoi les lois sociales ne sont pas de nature identique aux lois de la nature : « Les lois sont le rapport nécessaire qui dérive de la nature des choses. Formule immense dont je ne puis faire le tour, mais je m'y heurte comme à un solide, dans le moment où je m'élance à désirer les choses qui me plaisent ¹. »

L'histoire est cependant remplie d'exemples qui montrent que le nombre des institutions, longtemps

¹ Alain, *Propos de politique*, p. 1.

considérées comme absolues, ont changé. Les lois sociales sont à envisager beaucoup plus comme des rapports de forces.

Dans la majeure partie des cas, on considère comme légitime l'emploi de la force lorsqu'elle appuie une idée suffisamment diffusée dans la masse sociale ; c'est alors que la force est considérée comme étant au service du droit. La légitimité est irrémédiablement liée aux conceptions des masses et à leur volonté.

*
* *

Un ordre juridique est toujours un arrangement directeur, un arrangement qui limite et qui dirige l'activité sociale dans un sens déterminé.

L'ordre juridique est destiné à régir des hommes libres, des êtres de la part desquels il faut prévoir, sinon une hostilité ouverte et première envers toute règle juridique, du moins une opposition virtuelle.

Les faits ont toujours une tendance de se révolter contre les codes.

Ceux qui, en détenant le pouvoir, veulent réaliser un plan politique désormais devenu règle de Droit, ont une première lutte à livrer, pour liquider les résistances encore existantes. Ces dernières sont représentées par des personnes qui n'ont pas été gagnées par les idées nouvelles et qui défendent, pour des considérations diverses, l'ancienne ordonnance des choses.

Le nouveau régime une fois institué les met hors la loi. C'est en effet ce qui a lieu au moment où une convention est déclarée illicite et annulée ; au moment où un fait est dénommé délit est puni.

L'ordre public nous apparaît, dans le déroulement de ce film juridique, comme un mouvement continu en vue de légitimer une action ; comme intimement rattaché à la lutte pour le Droit.

CONCLUSION

Le Droit est l'ensemble des règles de conduite sociale établies sous la sanction de la force publique. Cet ensemble de règles est l'expression de la volonté sociale, totale, ou du moins, de la partie politiquement agissante de cette volonté sociale. En dehors de l'acceptation des masses, ou du moins en dehors de leur tolérance, il n'y a pas de règle de Droit. C'est déjà là un premier lien entre l'activité juridique et la politique ; il y en a un second, plus fort encore : toute règle juridique correspond à un plan qui vise l'organisation d'ensemble de la vie sociale du groupe en question. Ce plan ne se fait et surtout ne se réalise que par la volonté sociale. Il représente l'ordre de Droit objectif. Le Droit objectif est fait pour les hommes ; il ne peut faire abstraction de leurs aspirations, de leurs intérêts, de leurs besoins. C'est d'ailleurs pour accorder les intérêts subjectifs qu'un ordre de Droit objectif est nécessaire.

Le Droit objectif est une carte qui fixe les intérêts de chacun. Il nomme ceux qui ont des droits et indique le nombre et la qualité de ces droits. Il dresse la liste des sujets de Droit ainsi que la liste des Droits subjectifs. Le Droit trace aussi la charte des relations juridiques.

Une pareille charte, aussi parfaite soit-elle, ne demeure pourtant jamais immuable. La vie est faite d'un échange perpétuel de valeurs ; s'il existe toujours un commerce juridique permis, les hommes veulent sans cesse augmenter, soit la quantité de biens qu'ils possèdent, soit la possibilité socialement reconnue de satisfaire leurs inté-

rêts de tout ordre. Les hommes tendent toujours à augmenter leur patrimoine juridique. Cette augmentation ne peut se produire qu'aux dépens de quelqu'un ; il n'existe pas d'espace libre, d'interstice, dans cette vaste mosaïque de l'ordre juridique. L'augmentation dont nous parlons se produit par la lutte pour le Droit. Dans cette lutte le plan politique ainsi que l'ordre juridique qui le consacre sont obligés de se défendre, de parler leur raison d'être. Le Droit ne se borne pas à définir les Droits subjectifs et les sujets de droit appelés à en bénéficier ; il se charge aussi de contrôler les relations juridiques car c'est au moyen de ces dernières que se gagnent et se perdent les droits, que se conserve ou s'altère le plan politique qui en est la définition.

La réalisation du plan politique mobilise toute la volonté sociale. Les Droits subjectifs qui résultent de ce plan, de cet ordre objectif, ne sont des droits que par le fait que l'opinion des masses veut bien les considérer comme tels. Les Droits subjectifs sont le reflet sur le plan individuel de l'ordre objectif et de la volonté sociale.

Cela nous rapproche considérablement de la notion d'ordre public : tous les auteurs, malgré la diversité de leurs opinions, s'accordent à dire que la notion d'ordre public est l'expression la plus complète de la volonté collective.

Dans les sociétés modernes le plan politique dont nous avons parlé se cristallise dans le Droit positif. Tout porte à croire que l'ordre juridique objectif se confond avec l'ordre public.

Toutes les difficultés qui se sont présentées, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence, quant à la définition et surtout quant à la compréhension de la notion d'ordre public, proviennent de :

- 1^o L'existence d'un certain libéralisme juridique ainsi qu'il résulte du principe de l'autonomie de la volonté ;
- 2^o L'existence et de l'organisation de certaines insti-

tutions habituellement qualifiées d'institutions de protection.

Ces difficultés ne nous paraissent en réalité nullement embarrassantes. Nous avons montré :

1^o Que le libéralisme est une idée politique au même titre que n'importe quelle autre ; que le libéralisme fait partie de l'ordre public au même titre que l'organisation de la famille ou que l'organisation de la propriété. Mais le libéralisme n'est possible, en tant que système, que par le fait qu'il présuppose que les individus, laissés libres ne s'écarteront pas de l'ordre public ;

2^o Que les sanctions des dispositions de protection ainsi qu'elles sont établies par le Code civil, intéressent l'ordre public et cela pour tout leur ensemble. Certains de leurs traits, comme la possibilité de confirmer certains actes viciés, ou le fait que la protection ne peut être invoquée que par la personne appelée à en profiter, n'enlèvent rien à leur caractère d'ordre public. Ces dispositions, l'organisation de la protection même, doivent, d'une manière obligatoire, avoir l'organisation qu'on leur a donnée ; cette organisation, cette mise en œuvre sont celles qui correspondent le mieux au système libéral qui est le nôtre.

Nous ne voyons, par conséquent, rien qui puisse contredire la constatation que l'ordre public coïncide dans son ensemble avec l'ordre juridique. Mais l'ordre public ne coïncide pas avec la loi ; par le fait que le juge en précise journellement le sens et de par la lutte pour le Droit, l'ordre public se trouve coïncider, non pas avec la loi, mais avec le Droit positif.

On ne peut cependant arriver à cette conclusion en poursuivant un raisonnement strictement déductif et abstrait, ainsi que l'a fait M. de Vareilles-Sommières ; sa conclusion, demeurée juste cependant, demande encore à être éclairée par l'analyse sociologique de la lutte pour le Droit.

Nous n'avons pu nous arrêter aux conceptions qui opposent l'ordre public à la liberté contractuelle et qui prétendent que les matières d'ordre public n'offrent aucune prise à l'acte juridique : dans l'état des personnes, matière pourtant reconnue d'ordre public, le mariage ou l'adoption demeurent des contrats. Mais il faut se rappeler que la volonté n'est libre que si son exercice est conforme à l'esprit politique.

Nous n'avons pu accepter, non plus, les conceptions qui font coïncider l'ordre public et la loi. Cette dernière est le résultat d'un ensemble de circonstances, d'un climat complexes. La loi, une fois rédigée, sera ce qu'en font ou ce qu'en feront les autorités chargées de son application. Ainsi le Code civil a ordonné un divorce compliqué et lent ; la jurisprudence a modifié le Droit positif en permettant une séparation facile et rapide. Le Code civil interdisait la recherche de la paternité naturelle ; la jurisprudence l'a autorisée, d'une manière détournée, en dehors même de la volonté légale.

Il nous a paru impossible de faire abstraction du Droit jurisprudentiel que nous considérons, au contraire, comme essentiel pour la définition et la mise en œuvre de la notion d'ordre public. Nous croyons que la vérité consiste justement dans cette coïncidence entre l'ordre public et le Droit positif.

Le Droit positif est variable ; il subit les changements que lui font subir les luttes incessantes pour le Droit. Coïncidant avec le Droit positif, l'ordre public subit les mêmes fluctuations. La constatation de la lutte pour le Droit et aussi les variations de l'ordre juridique qui en sont l'aboutissement ne doivent pas nous inquiéter quant à la stabilité sociale qui pourrait ainsi se trouver compromise. La sécurité d'une unité sociale se mesure à la cohésion de cette unité. Une lutte pour le Droit existe et existera toujours ; ses effets seront plus ou moins importants, la lutte sera plus ou moins destructrice,

pour l'ordre juridique objectif, suivant que la cohésion de la société respective sera plus ou moins forte. La lutte pour le Droit existe toujours, mais dans une société douée d'une grande cohésion, la résistance du Droit, dans son rôle conservateur, sera très grande. La sécurité ne sera par conséquent nullement compromise.

Le pouvoir du texte ne peut être socialement qu'un mythe, qu'une idée-force. Sans soutien social, toute loi demeure une simple barrière de papier ; le pire danger pour les juristes qui recherchent la sécurité, les garanties ou l'organisation de la protection c'est de placer leurs espoirs dans des forces qui ne peuvent, à la longue, que les décevoir.

Vu :

Vu :

*Le Doyen,**Le Président de la thèse,*

EDGARD ALLIX.

M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

I. — THÈSES DE DOCTORAT.

- CAPITANT (R.). — *Introduction à l'étude de l'illicite*, Paris, 1928.
- CLAPS-LIENHART (Marcelle). — *Etude sur les lois d'ordre public en Droit civil interne*. Lyon, 1934.
- COSTE-FLORET (A.). — *La nature juridique du mariage* Montpellier ; Paris, Sirey, 1935.
- COSTE-FLORET (P.). — *La nature juridique du droit de propriété d'après le Code civil et depuis le Code civil*. Montpellier ; Paris, Sirey, 1935.
- COURTIER (M.). — *De la notion d'ordre public dans le Code quant aux personnes et des modifications qu'elle a reçues*. Paris, 1904.
- DUMITRESCO (J.). — *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes physiques*. Paris, 1934.
- EUSTATZIOU (V.). — *De la notion et de la sanction des lois d'ordre public en Droit interne*. Paris, 1913.
- GOUNOT (E.). — *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*. Paris ; Dijon, 1913.
- LIENHARD (W.). — *Le rôle et la valeur de l'ordre public en Droit privé, interne et en Droit international*, 1934.
- LOUIS-LUCAS (P.). — *Volonté et cause*. Dijon ; Paris, 1918.
- MARMION (J.). — *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne* Paris, 1924.
- MARTIN (Olivier). — *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*. Paris, 1901.
- MASSON (H.). — *De la notion d'ordre public dans les rapports avec la jurisprudence civile et commerciale*. Paris, 1899.
- MICESCO (D.). — *Essai sur la technique juridique*. Paris, 1911.
- MICESCO (I.). — *La personnalité morale et l'indivision comme constructions juridiques*. Paris, 1907.
- MOLDOVAN (M. C.). — *L'ordre public en Droit international privé*. Paris, 1933.
- NAST. — *Etude de la prohibition des pactes sur succession future*. Paris, 1905.
- OPREA (Zeno). — *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en Droit civil allemand*. Paris, 1935.
- PASCANU (M.). — *Les pactes sur succession future*. Paris, 1907.
- RADULESCO (D. J.). — *Abus des droits en matière contractuelle*. Paris, 1935.

- SÈSCIOREANO (G. M.). — *Des conventions relatives à la preuve de la libération du débiteur*. Paris, 1920.
- SOLODOVNIKOFF (P.). — *La notion de l'ordre public en Droit international privé, dans la jurisprudence française relative au droit de la famille*. Paris, 1936.
- VALLIMARESCO (A.). — *La justice privée en Droit moderne*. Paris, 1926.

II. — TRAITÉS GÉNÉRAUX.

A. — En français.

- AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 12 vol., 5^e et 6^e édition revue par MM. Ch. Falcmaigne, Gault et Martin, Paris, Marchal et Billard, 1936.
- BARTHÉLEMY (J.) et DUEZ (P.). — *Traité élémentaire de Droit constitutionnel*.
- BAUDRY-LACANTINIERE (G.). — *Traité théorique et pratique de Droit civil*.
- BERTHÉLEMY (H.). — *Traité élémentaire de Droit administratif*.
- BEUDANT (Ch.). — *Cours de Droit civil français*, 2^e édition publiée par MM. Robert Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière, avec le concours de MM. Batiffol, A. Breton, R. La Balle, G. Lagarde, R. Lenvau, Pierre Voirin et de M^{me} Béquignon-Lagarde, Paris, Rousseau, 1934-1937.
- COLIN (A.), CAPITANT (H.) et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE (L.). — *Cours élémentaire de Droit civil français*, t. I, éd. ; t. II et III, Paris, Dalloz.
- DUGUIT (L.). — *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., Paris, 1921-1925.
- ESMEU (A.). — *Cours élémentaire d'histoire du Droit français*. Paris, Sirey, 1921.
- GIRARD (P. F.). — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e éd., revue par M. F. Senn, Paris, Rousseau, 1929.
- HAURIU (M.). — *Précis de Droit administratif*.
— *Précis de droit constitutionnel*.
- HÉMARD (J.). — *Précis élémentaire de Droit civil*, 3 vol., Paris, Sirey, 1928-1930.
- HUC (Th.). — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 vol., Paris, Pichon, 1892-1903.
- JOSSERAND (L.). — *Cours de Droit civil positif français*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1937-1938.
- JÈZE (G.). — *Les principes généraux du Droit administratif*, 3^e éd., — *Cours de Droit public*. Giard et Brière, Paris, 1913.
- LAURENT (F.). — *Principes de Droit civil français*, 33 vol. Paris, Durand et Pedone Lauriel ; Bruxelles, Bruyland-Cristophe et Comp, 1869-1878.
- MARCADÉ (V. N.). — *Explication théorique et pratique du Code civil*, 12 vol., Paris, Delamotte et fils, 1866-1867.
- PILLET (A.). — *Traité pratique de Droit international privé*, 2 vol., Paris, Sirey, 1923.

- PLANIOL (M.) et RIPERT (G.). — *Traité élémentaire de Droit civil français*, 3 vol., 12^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1932.
- — *Traité pratique de Droit civil français*, 14 vol. avec la collaboration de MM. Becqué, Esmein, Gabolde, Hamel, Lepage, Maurry, Nast, Picard, Perreau, Radouant, Rouast, Savatier, Trasbot, Vialleton. Paris, Librairie générale de droit, 1934.
- POTHIER (F. J.). — *Œuvres*, annotées par M. Bugnet, Paris, Cosse et Delamotte, 1848.
- VIOLET (P.). — *Histoire du Droit civil français*. Paris, Sirey, 1905,

B. — En roumain.

- ALESSANDRESCU (D.). — *Explicatiunea teoretica si practica a dreptului civil roman*, 9 vol., Bucarest, 1898-1912.
- CANTACUZINO (M.). — *Elemente de drept civil*.
- HAMANGIU (C.), ROSSETTI BALANESCO (J.), BAICOIANU (Al.). — *Tratat de drept civil roman*, Bucarest, Ciornei, 1928.
- PLASTARA (G.). — *Curs de drept civil roman*, 10 vol., Bucarest, Cartea romaneasca et autres.

III. — COURS DE DROIT CIVIL.

- CAPITANT (H.). — *Cours pour le Doctorat*, Faculté de Droit de Paris, 1932-1933.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Cours pour le Doctorat, idem.*, 1931-1932 et 1932-1933.
- MICESCU (J.). — *Cours de droit civil*, pour les I^{re}, II^e et III^e années de licence, à la Faculté de Droit de Bucarest, de 1928-1931.
- RIPERT (G.). *Cours pour le Doctorat*, Paris, 1930.

IV. — MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIALISÉS.

- ARON (R.). — *La sociologie allemande contemporaine*. Paris, Alcan, 1935.
- ARON (G.). — *Les grandes réformes du Droit révolutionnaire*. Paris, 1910.
- ARON (R.) et DANDIEU (A.). — *La révolution nécessaire*. Paris, Grasset, 1933.
- AULARD. — *Histoire politique de la révolution française*. Paris, A. Colin, 1901.
- BERGSON (H.). — *Les deux sources de la morale et de la religion*, 3^e éd., Paris, Alcan, 1932.
- BEUDANT (Ch.). — *Le droit individuel et l'État*. Paris, 1891.
- BOISTEL. — *Cours de philosophie du droit*, 2 vol., Paris, 1899.
- BOUGLÉ (Ch.). — *Qu'est-ce que la sociologie ?* Paris, Alcan, 1921.
- *Bilan de la sociologie française contemporaine*. Paris, Alcan, 1935.
- CAPITANT (H.). — *Vocabulaire juridique*. Paris, Presses Universitaires, 1936.
- *Comment on fait les lois aujourd'hui*. Paris, 1917.

- *De la cause dans les obligations*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1927.
- *Des obligations de voisinage*. Paris, 1900 (Extr. de la *Revue critique*).
- *Introduction à l'étude du Droit civil*, 5^e éd., Paris, Pedone, 1929.
- *Les transformations du Droit civil français depuis cinquante ans* (dans : *Les transformations du droit dans les principaux pays depuis cinquante ans*), 1922.
- CHARMONT (J.). — *L'esprit juriste*. Nîmes, 1900.
- *La renaissance du droit naturel*. Montpellier et Paris, 1900.
- *Les transformations du droit civil*. Paris, 1912.
- CUCHE (P.). — *Conférences de philosophie du droit*. Paris, Dalloz, 1928.
- *A propos du « positivisme juridique » de Carré de Malberg* (dans *Mélanges*, R. Carré de Malberg, 1933).
- CUQ (Ed.). — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., Paris 1928.
- DAVY (G.). — *La foi jurée*. Paris, Alcan, 1922.
- DECLAREUIL (Y.). — *Histoire générale du Droit français*. Paris, Sirey, 1925.
- *Rome et l'organisation du droit*. « *L'évolution de l'humanité* » Paris, 1924.
- DEMOGUE (R.). — *Les notions fondamentales du Droit privé*. Paris, 1911.
- *Traité des obligations en général*. Paris, Rousseau, 1923.
- *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*. Paris, 1907. (Extr. de la *Rev. trim. de dr. civ.*).
- *La notion du sujet de droit*. Paris, 1909. (Extr. *Rev. trim. dr. civ.*).
- DOMAT (J.). — *Œuvres complètes* 4 vol., nouvelle édition. Paris. Firmin Didot et Charles Bechet 1828.
- EHRlich (Eug.). — *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. Leipzig, 1913.
- FAUCONNET. — *La responsabilité*, 2^e éd., Paris, 1920.
- FENET (P. A.). — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, Vidocq, 1836.
- FOUILLÉ. — *L'idée moderne du droit en Allemagne, en Angleterre et en France*, 2^e éd., Paris, 1890.
- GÉNY (Fr.). — *Science et technique en Droit privé positif*, 4 vol., 2^e tirage, 1927-1930. Paris, Sirey.
- *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, 2 vol., 2^e éd., nouveau tirage. A Chevallier Marescq. Paris, 1932.
- GURVITCH (G.). — *L'idée de droit social*. Paris, Sirey, 1931.
- *Le temps présent et l'idée de droit social*. Paris, Vrin, 1931.
- *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. Paris, Pedone, 1935.
- GUSTI (D.). — *Sociologia militans*. Bucarest, éd. Institutul Social Roman, Seria A. Studii si contributii.
- *Cours de sociologie*, à la Faculté de lettres de Bucarest, années 1928-1931.
- HERSENI (T.). — *Teoria monografiei sociologice*. (Avec une étude introductive par M. D. Gusti). Éd. Institutul Social Roman, Bucarest, seria A.

- IHERING (Rud. v.). — *L'esprit du Droit romain*, 4 vol., 2^e éd. Trad. O. Meulnaere. Paris, Marescq aîné, 1880.
- *La lutte pour le droit*. Trad. O. Meulnaere. Paris, 1890.
- *L'évolution du droit*. Trad. O. Meulnaere. Paris, A. Marescq, 1901.
- JOSSEMAND (L.). — *Les mobiles dans les actes juridiques privés*. Paris, Dalloz, 1928.
- *De l'abus des droits*. Paris, Rousseau, 1905.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité*. Paris, Dalloz, 1927.
- KELSEN (H.). — *Reine Rechtslehre*. Leipzig, Wien, 1934.
- KORKOUNOW. — *Cours de théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, 1914.
- LACOSTE. — *De la chose jugée*, 3^e éd., par Bonnecarrère, Paris, Sirey, 1914.
- LAROMBIÈRE. — *Théorie et pratique des obligations*, 5 vol., Paris, 1857.
- LE FUR (L.). — *Les grands problèmes du droit*. Paris, Sirey, 1937.
- LEVY (Em.). — *Introduction au droit naturel*. Paris, éd. de la Sirène, 1922.
- *La vision socialiste du droit*. Paris, Giard, 1926.
- *Les fondements du droit*. Paris, Alcan, 1933.
- LOCRE (J.). — *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, 31 vol., Paris, Treuttel et Würtz, 1827-1832.
- MICHELET (J.). — *Histoire de la révolution française*, 9 vol., Paris, 1877-1879.
- MICHOUD (L.). — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol., 3^e éd., revue par M. Trobas, Paris, 1932.
- MORIN (G.). — *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*. Paris, Alcan, 1927.
- *La révolte des faits contre le Code*. Paris, 1920.
- PILLET (A.). — *Traité pratique de Droit international privé*, 2 vol. Grenoble, Allier et Paris, Tenin, 1923-1924.
- PILLET (A.) et NIBOYET (J. P.). — *Manuel de Droit international privé*, 2^e éd., par M. J. P. Niboyet, 1928.
- RAY (J.). — *Essai sur la structure logique du Code civil français*. Paris, Alcan, 1926 (Bibl. de philosophie contemporaine).
- *INDEX DU CODE CIVIL contenant tous les mots qui figurent dans le texte du...* Paris.
- RENARD (G.). — *L'institution fondement d'une rénovation de l'ordre social*. Paris, Flammarion, 1933.
- *La théorie de l'institution. Essai d'onthologie juridique*. Paris, Sirey, 1930.
- *La valeur de la loi*. Paris, Sirey, 1928.
- *Le droit, la justice et la volonté*. Paris, Tenin, 1924.
- *Le droit, la logique et le bon sens*. Paris, Tenin, 1925.
- *Le droit, l'ordre et la raison*. Paris, Tenin, 1927.
- RICHARD (Gaston). — *L'origine de l'idée de droit*. Paris, 1892.
- *La méthode sociologique en Roumanie : l'œuvre du professeur D. Gusti. Dans Mélanges Gusti*. Paris, Alcan, 1936.
- RIPERT (G.). — *Droit naturel et positivisme juridique*. Marseille, 1918. (*Ann. de la Fac. de droit d'Aix.*)

- *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de M. Josserand : De l'esprit des droits et de leur relativité.* (Extr. de la *Rev. critique de législation.*) Paris, 1929.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^e éd., Paris, 1935.
- *Le régime démocratique et le droit civil moderne.* Paris, Librairie générale de droit, 1935.
- ROGUIN (Ern.). — *Etude de science juridique pure. La règle de droit, analyse générale, spécialités, système des rapports de droit privé, précédé d'une introduction sur la classification des disciplines,* Lausanne, 1889.
- *La science juridique pure*, 3 vol., Paris, Pichon, 1923.
- ROTHER (T.). — *L'esprit du droit chez les anciens.* Paris, Sirey, 1928.
- ROUBIER (P.). — *Les conflits des lois dans le temps*, 2 vol., Paris, Sirey, 1929-1933.
- SAGNAC (Ph.). — *La législation civile de la Révolution française (1789-1804), Essai d'histoire sociale.* Paris, Hachette, 1898.
- STAHL (H. H.). — *Tehnica monografiei sociologice*, éd. Institutul social Roman, seria A., Bucarest.
- TARDE (G.). — *Les lois de l'imitation.* Paris, 1890.
- *La logique sociale.* Paris, 1895.
- *L'opposition universelle. Essai d'une théorie des contraires.* Paris, Alcan, 1897.
- VALLIMARESCO (A.). — *Pragmatismul juridic.* Bucarest, 1927.
- *Studiu asupra raporturilor dreptului cu celelalte discipline.* Bucarest, 1929.
- VECCHIO (Del G.). — *I presupposti filosofici della nozione del diritto.* Bologna, 1905.
- *Il concetto della natura e il principio del diritto.* Torino, 1908.
- *Il problema delle fonti del diritto positivo.* Roma, 1934.

V. — ARTICLES DE REVUE.

- COHENDEY (G.). — *Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et la nullité d'ordre public* (*Rev. trim. Dr. civ.*, 1914, p. 33).
- COLIN (A.). — *De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation* (*Rev. Trim. Dr. civ.*, 1902).
- *De l'élargissement du divorce* (*Bul. de la Soc. d'études législ.*, 1906, p. 118, 180, 286).
- DJUVARA (M.). — *Drept si sociologie* (*Archiva pentru Stiinta si reforma sociala.* Bucarest).
- HAURIOU (M.). — *L'ordre social, la justice et le droit* (*Rev. Trim. Dr. civ.*, 1927, p. 795).
- KELSEN (H.). — *Aperçu d'une théorie générale de l'Etat* (*Rev. de Droit public*, 1899, p. 562).
- LEFEBVRE. — *Le mariage n'est-il qu'un contrat ?* (*Rev. historique de droit français et étranger*, 1902).
- LÉVY-ULMANN. — *Contributions à la recherche d'une définition du droit* (*Rev. Trim. Dr. civ.*, 1917, p. 61).
- LOUIS-LUCAS (P.). — *Remarques sur l'ordre public* (*Rev. dr. int. priv.*, 1933, n° 3, p. 393).

- MARC (Alex). — *Introduction à un droit nouveau (L'ordre nouveau, n° 20, 1^{er} mai 1935).*
— *Le droit et les faits sociaux (L'ordre nouveau, n° 29, 15 mai 1936).*
— *La formation du droit et l'État (L'ordre nouveau, n° 31, 15 mai 1936).*
— *Patrie, nation, État (L'ordre nouveau, n° 32, 15 juin 1936).*
MEYNIAL. — *La déclaration de volonté (Rev. Trim. Dr. civ., 1902 p. 545).*
PERREAU. — *Technique de la jurisprudence pour la transformation du Droit privé (Rev. Trim., 1912, p. 609).*
PILLET. — *Sur l'ordre public en Droit international privé (Annales de l'Enseignement supérieur de Grenoble, 1890, t. III, p. 185).*
VALÉRY. — *Examen critique des remarques sur l'ordre public de M. Pierre Louis-Lucas (Rev. de Droit int. et de législ. comp., 1934, n° 2, p. 44).*
VAREILLES-SOMMIÈRES. — *Des lois d'ordre public et des dérogations aux lois (Rev. de Lille. Extr. Paris, 1899).*
— *M. Lainé et les lois d'ordre public (Rev. de Lille, Extr. Paris 1904).*

* * *

Voir aussi les articles de l'*Encyclopédie française*, t. X, 18, 6 et notamment :

- CAPITANT et ESMEIN. — *La vie publique et la vie privée* (10. 18. 6).
LE FUR. — *La nation et l'État* (10. 10. 5).
REGLADE. — *La puissance du point de vue sociologique* (10. 14. 1).
— *La puissance au point de vue juridique* (10. 14. 3).
-

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.	1
CHOIX DU SUJET	12
PLAN DE L'ÉTUDE	14

TITRE PRÉLIMINAIRE

L'ORDRE PUBLIC DANS LE CODE CIVIL

TITRE PREMIER

LES SUJETS DE DROIT

CHAPITRE PREMIER. — L'homme, l'individu et la famille. .	23
§ 1. — L'individu isolé	23
§ 2. — L'individu dans la famille	31
CHAPITRE II. — La famille légitime	33
§ 1. — Le mariage ; politique en faveur du mariage	33
§ 2. — Le mariage est un acte civil	34
§ 3. — Le mariage est un acte solennel.	36
§ 4. — Les sanctions	40
§ 5. — Changement des règles légales par la volonté privée .	41
§ 6. — Conditions de formation du mariage. La famille, problème politique	43
a) Conditions positives	45
b) Conditions négatives	46
c) Conditions de durée.	46
§ 7. — Les sanctions : les nullités du mariage ; nullité absolue, inexistence, divorce	48
§ 8. — Cas de mariages inexistantes	51
§ 9. — Le divorce.	53
§ 10. — Le divorce et la volonté privée.	59
§ 11. — Nullité relative du mariage	61
CHAPITRE III. — L'ordre public lors de la constitution et de la dissolution de la famille	67
CHAPITRE IV. — La filiation, filiation légitime	71
§ 1. — La filiation légitime.	72
§ 2. — La légitimation	76

§ 3. — La filiation naturelle : politique et réglementation. . .	81
§ 4. — La recherche de la paternité et de la maternité naturelles.	89
§ 5. — La volonté privée dans les actions d'état.	91
§ 6. — L'organisme familial ; puissance paternelle.	93
§ 7. — Changement conventionnel à la puissance paternelle.	100
CHAPITRE V. — La notion d'ordre public en matière de famille et de filiation	103

TITRE II

LES DROITS SUBJECTIFS ET LES OBLIGATIONS

CHAPITRE PREMIER. — Droits subjectifs. Droits objectifs, patrimoine juridique.	112
CHAPITRE II. — Le droit de propriété	116
§ 1. — Biens non susceptibles de propriété privée	116
§ 2. — Personnes qui ne peuvent pas être propriétaires. . .	117
§ 3. — Délimitation du droit de propriété	118
§ 4. — Politique et ordre public en matière de droits patrimoniaux	127
§ 5. — La notion d'ordre public dans les droits extra-patrimoniaux	136

TITRE III

LES RELATIONS JURIDIQUES ; ACTES JURIDIQUES,
FAITS JURIDIQUES ; LICITE, ILLICITE

CHAPITRE PREMIER. — Contrôle des actes juridiques ; contrôle de l'acte juridique par rapport à ses éléments composants.	144
§ 1. — Le consentement et la capacité.	146
§ 2. — L'erreur	151
§ 3. — La violence	154
§ 4. — Le dol	157
§ 5. — L'objet.	159
§ 6. — La cause	163
CHAPITRE II. — Le délit.	171
CHAPITRE III. — Les libéralités ; les successions	182

TITRE IV

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC ET LES NOTIONS AUXQUELLES
ELLE EST HABITUELLEMENT RAPPORTÉE

CHAPITRE PREMIER. — L'ordre public et le contrat.	187
CHAPITRE II. — L'ordre public et la loi.	191

CHAPITRE III. — L'ordre public et le juge	194
CHAPITRE IV. — L'ordre public et la lutte pour le Droit. .	200

TITRE V

LA NOTION D'ORDRE PUBLIC DANS LA DOCTRINE

Thèse de M. de Vareilles-Sommières.	202
Thèse de M. René Capitant.	206

TITRE VI

ANALYSE SOCIOLOGIQUE DE LA NOTION D'ORDRE PUBLIC
ET DE SON FONCTIONNEMENT

Thèse de M. Julliot de la Morandière	209
CONCLUSION	216

IMPRIMERIE
HÉRISSEY
: ÉVREUX :